

DAISSY JOHANNA RODRÍGUEZ URREA

EL PRINCIPIO DE TIPICIDAD EN LA RESPONSABILIDAD DISCIPLINARIA
DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS QUE INTERVIENEN EN LA
ACTIVIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO: EL CASO DE LA CAUSAL
DEL NUMERAL 31 DEL ARTÍCULO 48 DEL C.D.U.

Maestría en Derecho de Estado con Énfasis en Gobierno y Desarrollo de las
Entidades Territoriales

BOGOTÁ D.C., COLOMBIA

2021

UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRÍA EN DERECHO DE ESTADO CON ÉNFASIS EN GOBIERNO Y
DESARROLLO DE LAS ENTIDADES TERRITORIALES

Rector: Dr. Juan Carlos Henao Pérez

Decana Facultad de Derecho: Dra. Adriana Zapata Giraldo

Secretaria General: Dra. Marta Hinestroza Rey

Director Departamento de
Derecho Administrativo: Dr. Jorge Iván Rincón Córdoba

Director de Tesis: Dr. Jorge Iván Rincón Córdoba

Presidente: Dr. Alexander Sánchez Pérez

Examinadores: Dr. Daniel Castrillón Arango
Dr. Camilo Perdomo Villamil

RESUMEN

En el derecho administrativo sancionador, y con ello en el derecho disciplinario, tiene lugar un proceso de flexibilización del principio de legalidad de modo que las garantías formales y materiales que lo componen pueden ser atenuadas dada la necesidad de proteger no solo al destinatario de las normas sancionatorias, sino también al interés general que se ve implicado en el ejercicio de la función pública. Esa atenuación está sujeta a un límite constitucional y es el núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso.

Una de las problemáticas que conspiran en contra del referido principio de legalidad, y sus mandatos de *lex scripta* y *certa*, tiene lugar cuando la tipificación de la infracción se lleva a cabo en lo que también es un principio jurídico. Ese es el caso de la causal disciplinaria establecida en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único que contempla como falta gravísima el participar en la etapa precontractual o contractual con desconocimiento de los principios de la contratación estatal o de la función administrativa.

El principio de legalidad resulta compatible con la causal disciplinaria que a su turno sanciona el desconocimiento de otros principios, siempre y cuando el principio que tipifica la conducta se concrete a través de reglas que permitan identificar cuál es el grado que se exige de su cumplimiento, o bien se establezcan los casos en que se entiende que legalmente ha sido desconocido. Es entonces en la interacción de un principio con las reglas que atenúan su textura abierta como se proporciona seguridad jurídica al destinatario de una norma disciplinaria que tipifica la conducta haciendo uso de tales estructuras normativas.

Tratándose de la responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos que intervienen en la actividad contractual del Estado, la interacción del principio de legalidad se da con las reglas definidas principalmente en la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007.

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN	7
CAPITULO PRIMERO	
LA FLEXIBILIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD EN MATERIA DISCIPLINARIA	15
I. Presupuestos del principio de tipicidad del derecho administrativo sancionador y su relación con el derecho penal	15
A. Principio de legalidad y sus categorías de reserva legal, el mandato de tipificación y el mandato de <i>lex scripta</i>	33
B. Utilización de normas de remisión y normas en blanco	42
C. Distinción entre principios y reglas del derecho	51
II. Particularidades del principio de tipicidad en materia disciplinaria	57
A. De la irretroactividad de las normas y su excepción por el principio de favorabilidad	59
B. De la necesidad de ofrecer seguridad jurídica al destinatario de la norma disciplinaria	69
C. El traslado al operador jurídico para precisar la falta disciplinaria: a propósito de la técnica <i>numerus apertus</i>	76
D. De la interacción constante entre la ley y otras fuentes jurídicas, incluso cláusulas contractuales	88
CAPITULO SEGUNDO	
ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD FRENTE A UNA CAUSAL DISCIPLINARIA QUE SANCIONA EL DESCONOCIMIENTO DE PRINCIPIOS: EL CASO DEL NUMERAL 31 DEL ARTÍCULO 48 DEL CDU	105

I. Principio de la selección objetiva	123
II. Principio de moralidad	135
 CONCLUSIONES	 144
BIBLIOGRAFÍA	148

INTRODUCCIÓN

Es comúnmente reconocido que el derecho administrativo hoy se encuentra profundamente especializado en función a los múltiples escenarios en que debe estar presente el Estado, resultado de una intensa sofisticación de la vida en sociedad que caracteriza a la contemporaneidad. Esa especialización y diversa existencia de sectores administrativos converge en una demanda en común y es la necesidad de la potestad sancionadora como una herramienta de eficacia para el logro de los fines que se le confían a la función administrativa.

La potestad sancionatoria, que irradia hacia fuera de una entidad cuando tiene como destinatarios a los administrados, y hacía adentro, cuando ellos son los propios funcionarios públicos, en todo caso no puede ejercerse a costa de un sacrificio inconstitucional de las garantías fundamentales al debido proceso.

El principio de legalidad se constituye entonces como el punto de dialogo y de entendimiento en esa tensión que se presenta entre la sanción, como un instrumento de efectividad de la función administrativa, y las garantías fundamentales de las personas sancionables o disciplinables. De esa manera, el principio de legalidad es el instrumento que proporciona seguridad jurídica en la medida que exige que se tipifique con claridad y certeza la frontera que separa lo lícito de lo ilícito en el desenvolvimiento de la función pública.

Sin embargo, una problemática que emerge tiene lugar cuando esa tipificación se lleva a cabo en lo que a su vez son otros principios, de forma que esas condiciones de claridad y certeza que demanda el principio de

legalidad pueden verse comprometidas dada la textura abierta y la vaguedad de la que adolecen tales estructuras normativas, situación que pone en riesgo a las aludidas garantías que componen el derecho al debido proceso. Ese el caso de la causal disciplinaria prevista en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único la cual contempla que constituye falta gravísima la inobservancia o el desconocimiento de los principios de la contratación estatal y de la función administrativa.

La hipótesis que se plantea ante esa problemática es que solo es procedente la sanción disciplinaria por el desconocimiento de un principio si éste posee un desarrollo legislativo suficiente que determine de manera clara y certera cuáles son las conductas que dan lugar a su vulneración, en otras palabras, que para dar por insatisfecho un principio debe precisarse el grado que se exigía frente a su cumplimiento, o bien, debe darse la determinación de los casos en que se entiende que éste ha sido desatendido.

De esa manera, si un principio de contratación estatal o de la función administrativa tiene un desarrollo constitucional y legal incipiente, que no permite determinar una conducta en concreto, no es posible que dicho principio dé lugar a una sanción disciplinaria bastando solo el mismo. En todo caso, si se da el caso contrario y el desarrollo legislativo del principio consagra reglas que materializan los mandatos de *lex scripta* y *certa*, se tiene que la causal disciplinaria resulta eficazmente operativa en la medida que ésta se traduce en deberes y/o prohibiciones claras y específicas.

Con base en la contextualización anterior, el presente trabajo responderá a la pregunta atinente a si la causal disciplinaria del numeral 31 del artículo 48 del Código Único Disciplinario satisface totalmente las exigencias del principio de legalidad en materia disciplinaria de cara al núcleo esencial de

los derechos fundamentales de las personas disciplinables y con ello, si cumple con la satisfacción que en concreto debe darse frente al mandato de tipificación, con sus garantías de *lex certa* y *scripta*.

Es oportuno señalar que la elección que se hace en el presente documento por la causal disciplinaria consagrada en el numeral 31 del artículo 48 del CDU parte de un hecho fundamental y es que es el único tipo disciplinario de la Ley 734 de 2002 que sanciona el incumplimiento de estructuras normativas que se erigen como principios, ya sean éstos constitucionales o legales. Esa realidad abre un amplio y profundo espacio de análisis frente a las tensiones que plantean tales principios con lo que a su vez es una norma de la misma categoría y cualidad, como se ha indicado en precedencia, el principio de legalidad y sus garantías sustanciales íntimamente relacionadas con el derecho al debido proceso.

De esa manera, cuestiones como la indeterminación semántica, la vaguedad en las líneas de frontera entre lo lícito y lo ilícito, y el espectro interpretativo que se acentúa, son las notas transversales que nutren la discusión sobre cómo puede ser un principio jurídico el elemento descriptor de un tipo disciplinario sin que se desconozca el núcleo esencial del derecho al debido proceso del disciplinable. Así las cosas, de todas las causales previstas en la Ley 734 de 2002, la contemplada en el numeral 31 del artículo 48 goza de ese signo distintivo, y además en ella están implicadas otras particularidades que se comparten con otras causales disciplinarias como es el caso de la utilización de normas de remisión y normas en blanco y la interacción que tienen tales formas normativas con las categorías de reserva legal, el mandato de tipificación y las exigencias de *lex scripta* y *certa*.

Finalmente, la causal disciplinaria también resalta por su exequibilidad condicionada precisamente resultado del debate que genera que principios constitucionales y legales sean usados como estructuras normativas descriptoras de un tipo disciplinario.

Para el análisis de todo lo anterior, el presente documento se estructura en dos capítulos. El primero se denomina “La flexibilización del principio de tipicidad en materia disciplinaria” el cual parte de una consideración del derecho administrativo sancionador en general y de la evolución que éste ha experimentado a través de su relación con la dogmática penal. Haciendo hincapié en los aspectos transversales que identifican a la potestad sancionatoria de la administración, se comienza analizando cuáles son las diferencias que separan a esta última respecto del derecho penal, al tiempo que se presentan y se someten a consideración crítica las diferencias que tradicionalmente se han esgrimido entorno a estas dos áreas del derecho punitivo.

Con base en el contexto anterior, el primer acápite del primer capítulo se denomina “Presupuestos del principio de tipicidad del derecho administrativo sancionador y su relación con el derecho penal”. Los ejes temáticos sustanciales que componen el acápite incluyen: Uno, el proceso de atomización y especialización técnica de las funciones del Estado como un factor que coadyuva al reconocimiento de la potestad sancionatoria de la administración. Dos, la necesidad de matización y atenuación de las garantías del derecho penal a efectos que el derecho administrativo sancionador responda eficientemente a sus propias finalidades. Tres, la distinción del injusto administrativo respecto del injusto penal que no consiste en una diferenciación de índole conceptual u ontológico, sino que es el resultado de un proceso de orden valorativo a cargo del legislador que en un

momento histórico del ordenamiento jurídico se ocupa de establecer qué constituye un delito y qué constituye una infracción sin que tales definiciones posean una esencia conceptual.

Como resultado de dichos ejes temáticos, el acápite deriva en dos planteamientos sustanciales. Por un lado, que como el derecho administrativo sancionador no solo responde a los intereses del inculpado sino también a la protección del interés público que a través de las funciones de la entidad administrativa se encuentra involucrado, resulta justificado que el legislador ostente la facultad para determinar la intensidad de las garantías fundamentales en el ejercicio de la potestad sancionadora. Por otro lado, se tiene que la flexibilización que caracteriza al principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador no se debe entender como una posibilidad de aniquilamiento de las garantías que componen el derecho al debido proceso, de modo que el límite de matización está dado por el núcleo esencial de los derechos fundamentales.

El acápite continúa con el desarrollo de tres temas, a saber: “a.1. Principio de legalidad y sus categorías de reserva legal, el mandato de tipificación y el mandato de *lex scripta*”, “a.2. Utilización de normas de remisión y normas en blanco” y “a.3. Distinción entre principios y reglas del derecho”.

En el primer tema, se descomponen los elementos que integran al principio de legalidad de modo que se lleva a cabo un análisis de su vertiente formal, denominada reserva legal, así como de su vertiente material, conocida como el mandato de tipificación con sus garantías de *lex certa* y *scripta*. Frente a la reserva legal, se estudia la posibilidad de su atenuación mediante la técnica de la colaboración reglamentaria, y frente al mandato de tipificación se profundiza en cómo se constituye en el factor que proporciona la certidumbre

necesaria para que, dada la claridad de una prohibición y de un castigo, el destinatario de la norma sancionatoria programe su comportamiento bajo una predeterminación inteligible de la infracción.

El segundo tema, se ocupa de indagar por el concepto y la lógica con la que funcionan en el derecho administrativo sancionador la técnica de remisión y las denominadas normas en blanco. Con base en dicho desarrollo temático, se encontrará que tanto la técnica como dichas normas responden a un hecho común y es la imposibilidad que tiene la ley de subsumir de manera exegética la variada multiplicidad de conductas que merecen ser objeto de reproche en el derecho administrativo. Con base en el reconocimiento de dicha realidad, se explora cómo la técnica de remisión y las normas en blanco actúan como instrumentos de realización del mandato de tipificación habida cuenta que su finalidad es complementar aquellos elementos que, si bien son trazados en la ley, no son por ella enteramente definidos.

En el tercer tema, se acomete una consideración conceptual de los principios y las reglas en el derecho ahondando por la estructura que poseen y a partir de la cual se establecen sus principales diferencias. Lo anterior responde a una de las cuestiones esenciales del presente trabajo y es cómo el desconocimiento de un principio jurídico puede constituir el tipo administrativo que se sanciona. En el desarrollo de este apartado se indagará en qué consiste que los principios se consideren como mandatos de tipificación, las implicaciones de dicha acepción y las diferencias que a partir de dicha estructura normativa se establece respecto a las reglas. Con base en los elementos anteriores, se finaliza con el análisis de una cuestión sustancial y es qué se requiere para que un principio jurídico pueda reputarse como incumplido o desconocido.

Efectuada la anterior fundamentación y conceptualización teórica del principio de tipicidad, el segundo acápite del primer capítulo se denomina “Particularidades del principio de tipicidad en materia disciplinaria”. De esa manera, ya el eje del análisis no recae propiamente en la faceta de flexibilización de dicho principio, sino en las tensiones adicionales que genera en el marco del derecho disciplinario. Con tal propósito, forman parte del acápite los siguientes temas: “b.1. De la irretroactividad de las normas y su excepción por el principio de favorabilidad”, “b.2. De la necesidad de ofrecer seguridad jurídica al destinatario de la norma disciplinaria”, “b.3. El traslado al operador jurídico para precisar la falta disciplinaria: a propósito de la técnica *numerus apertus*” y “b.4. De la interacción constante entre la ley y otras fuentes jurídicas, incluso cláusulas contractuales”.

El objetivo del primero de ellos consiste en hacer una revisión de la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte Constitucional frente a la favorabilidad en materia disciplinaria. Con ello, se encontrará cómo el principio resulta de aplicación obligatoria e implica en términos generales dos prohibiciones: 1. Que el legislador no puede disponer nuevos tipos o sanciones disciplinarias sobre situaciones que ocurrieron con anterioridad, y 2. Que el operador disciplinario solo puede retrotraer los efectos de normas posteriores en cumplimiento del anotado principio de favorabilidad. Igualmente será objeto de estudio cómo en materia disciplinaria la favorabilidad aplica frente a normas procesales de contenido sustancial.

En el segundo tema, se considera por qué resulta necesaria la seguridad jurídica en el desarrollo de las actuaciones disciplinarias y bajo qué instrumentos resulta garantizada. De ese modo, se estudian los mandatos de preexistencia normativa y de reserva legal como las dos condiciones *sine qua non* que permiten a los destinatarios de las normas disciplinarias dibujar, de

manera razonable, la frontera que separa lo lícito de lo ilícito. Esa posibilidad, tal y como se considera en el desarrollo del tema, es la que mitiga el espectro de incertidumbre interpretativa que se predica del juzgador, y que dada la existencia de una adecuada y suficiente tipificación, el destinatario de la norma disciplinaria puede anticipar cuál será la reacción del Estado frente a las acciones y omisiones en que llegue a incurrir en el ejercicio de su función.

En el tercer tema, se analizan las particularidades de la técnica *numerus apertus* pues si bien dicha técnica revela un ingrediente subjetivo del tipo, como lo es la culpabilidad, tal ingrediente también forma parte de la cuestión de la tipicidad. Con base en lo anterior, el desarrollo temático parte del hecho que cuando se admite que el derecho disciplinario pueda operar bajo una modalidad de *numerus apertus*, queda en evidencia una relación directa con la tipicidad pues es la naturaleza del comportamiento la que determina que una infracción, además del dolo, pueda ser cometida con culpa.

Finalmente, el cuarto tema del segundo acápite analiza la interacción que se da entre la ley y el contrato estatal, entendido éste como una fuente de obligaciones en materia disciplinaria. De esa manera, el apartado temático deja en evidencia cómo el contrato estatal es un ejemplo de matización del principio de legalidad en el derecho administrativo sancionador en la medida que sirve como instrumento de tipificación, ya sea de las multas y sanciones que se pueden imponer contra un contratista, como a la hora de establecer las acciones concretas que corresponden a un funcionario en ejercicio de la facultad de dirección y manejo de contratos públicos.

Efectuada la consideración de la flexibilización del principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador, así como las particularidades que éste comporta en materia disciplinaria, se emprende el segundo gran eje temático

del presente trabajo y es el análisis que con base en la conceptualización y fundamentación previamente desarrollada, se hace de la causal disciplinaria contemplada en el numeral 31 del artículo 48 del Código Único Disciplinario.

Con base en lo expuesto, el segundo capítulo se denomina: “Análisis del principio de legalidad frente a una causal disciplinaria que sanciona el desconocimiento de principios: el caso del numeral 31 del artículo 48 del CDU” y está compuesto por dos ejes temáticos, los cuales corresponden a la consideración de los principios de selección objetiva y de moralidad de cara al cumplimiento del mandato de tipificación frente a las exigencias de la tipificación suficiente, así como de la inteligibilidad de la conducta que permite al administrado programar su comportamiento ante la amenaza de la sanción.

Finalmente, se analiza la interacción que se da entre el principio de legalidad con la descripción típica de la infracción en los que a su vez también son dos principios: selección objetiva y moralidad.

Desarrollados los ejes temáticos descritos en precedencia, será posible responder a la pregunta atinente a si es compatible el principio de legalidad con una causal disciplinaria que a su turno sanciona el desconocimiento de otros principios, como lo son los de la contratación estatal o los de la función administrativa.

CAPITULO PRIMERO: LA FLEXIBILIZACIÓN DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD EN MATERIA DISCIPLINARIA

I. PRESUPUESTOS DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO PENAL

En los albores de la modernidad, existió un acentuado escepticismo respecto a que se dotara a la administración de potestad sancionadora¹ con la cual contara de prerrogativas que le permitieran imponer castigos a los administrados. Esa situación produjo que en un primer momento existiera un monopolio de la represión estatal en el poder judicial. Sin embargo, uno de los elementos definitivos del constitucionalismo moderno consistió en el protagonismo que tuvo el principio de igualdad², de modo que dejando de lado su paradigma meramente formal, cada vez más las constituciones modernas se ocupaban de consagrar los mandatos orgánicos que permitieran realizar un concepto de igualdad material.

Ello supuso un aumento de tareas a cargo del Estado a causa de una proliferación de sus sectores administrativos³, y un proceso de atomización y especialización técnica de sus funciones⁴. De ese modo, la administración pública se encontró en una situación caracterizada por dos aspectos: el aumento de sus tareas y responsabilidades a cargo, cada vez más especializadas, y la ausencia de potestad sancionadora que le permitiese

¹ NIETO, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Madrid: Tecnos, Cuarta edición, 2005. p. 26

² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 22 de octubre de 2012, Rad. No. 05001-23-24-000-1996-00680-01 (20738) CP. Enrique Gil Botero

³ Loc. Cit.

⁴ NIETO, Óp. Cit., p. 203

reprender a sus administrados en el evento en que desatendieran sus decisiones en el desenvolvimiento de esas competencias a cargo. A causa de esa situación, y con ello, la mayor incidencia y extensión que cada vez más tenía el derecho público en aspectos de la vida ciudadana⁵ que, o bien no existían o bien no estaban regulados, fue necesario reconocer a la administración la capacidad de imponer sanciones frente al incumplimiento de sus decisiones y en salvaguarda del sector administrativo cuya protección se le confiaba⁶.

Siguiendo a Ramón Parada Vásquez, las formas en que se desenvuelve el ejercicio de la facultad punitiva del Estado puede verse a través de cuatro modelos⁷: Un modelo donde existe un monopolio judicial para la imposición de sanciones; un modelo donde se reconoce que la rama judicial es insuficiente para sancionar de forma que la administración cuenta con reconocimiento legal para ejercer potestad sancionatoria; un modelo donde la actuación de la administración pública es consecuencia de un proceso de despenalización; y finalmente, un modelo en donde la competencia sancionatoria de la administración cuenta con sustento tanto legal como constitucional.

Como puede observarse, los tres últimos modelos no son excluyentes entre sí, sino que válidamente pueden presentarse híbridos como sería el caso de un ordenamiento jurídico donde se reconoce que el poder judicial es insuficiente en el ejercicio de la potestad punitiva del Estado y de tal

⁵ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 22 de octubre de 2012, Rad. No. 05001-23-24-000-1996-00680-01 (20738) CP. Enrique Gil Botero.

⁶ NIETO, Óp. Cit., p. 26

⁷ PARADA VÁSQUEZ, Ramón. Derecho Administrativo I Parte General. Madrid: Marcial Pons, Diecinueve edición, 2012. p. 421

reconocimiento se consagre constitucional y legalmente la potestad sancionadora de la administración.

En todo caso, dado el enorme protagonismo que adquirió el derecho público y la multiplicidad de sectores en donde el Estado ahora tenía funciones, uno de los aspectos sustanciales a resolver fue precisamente en cómo asegurar la efectividad de las decisiones de la administración más que preocuparse de las garantías del administrado⁸. Con ello, queda en evidencia ese proceso de despenalización⁹ donde lo que en antaño fue absorbido por el derecho penal venía ahora a constituir una infracción administrativa, sin embargo, como ello no significaba un automático traslado de las garantías de los procesos penales, se propiciaba la pregunta sobre si debían darse algunas garantías al ciudadano frente al cual la administración ejercía, mediante actos de poder con su facultad sancionadora, y en caso de que la respuesta fuera afirmativa, cuáles debían ser esas garantías.

En efecto, una primera respuesta provino de los principios rectores del derecho penal, sin embargo dadas las particularidades propias del derecho administrativo fue necesario que éste, a partir de un proceso de matización y atenuación tuviera su propio catálogo de garantías y reclamara para sí su propia autonomía¹⁰. De esta manera, se establecen como puntos de encuentro y como puntos de diferencia, los aspectos que se desarrollan a continuación respecto al derecho administrativo sancionador en relación con el derecho penal.

⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 22 de octubre de 2012, Rad. No. 05001-23-24-000-1996-00680-01 (20738) CP. Enrique Gil Botero.

⁹ Loc. Cit.

¹⁰ NIETO, Óp. Cit., p. 27

La doctrina administrativa en sus inicios consideró a la potestad sancionadora como una expresión de poder de policía¹¹ en pro de asegurar el orden público a través de cierta restricción de las libertades individuales. El poder de policía al tener como instrumento de coacción, la sanción, no se ocupó de establecer que garantías debían proporcionarse al administrado pues claramente la finalidad predominante, por no decir la única, trataba de la efectividad de esas medidas de coacción¹². Sin embargo, tal y como lo expone García de Enterría ese concepto de policía administrativa fue poco a poco abandonado de modo que pasó a aludirse a un “concepto general para la actividad interventora de la administración, de administración ordenadora, no en el sentido del orden público, sino en el genérico de la ordenación de las actividades privadas, concepto que se contrapone a administración prestacional, que realiza servicios o prestaciones en favor de los administrados.”¹³ En todo caso, tanto Gómez Pavajeau como García de Enterría coinciden en que la potestad administrativa sancionadora es un instrumento de autoprotección el cual se orienta a la preservación de los fines institucionales mediante una asignación de competencias sancionadoras que al menos en principio se dirigen a asegurar la eficacia de las decisiones y objetivos frente a los particulares y frente a sus mismos funcionarios.¹⁴ Como se verá más adelante, la tesis según la cual el fundamento de otorgar potestad sancionadora a la administración es dotarla de un instrumento que le permita asegurar la eficacia de sus decisiones dentro del sector administrativo al que pertenece, no está exenta de críticas.

¹¹ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del Derecho Disciplinario. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Sexta edición, 2017. p. 206

¹² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 22 de octubre de 2012, Rad. No. 05001-23-24-000-1996-00680-01 (20738) CP. Enrique Gil Botero.

¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ. Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo Volumen II. Madrid: Civitas, 1986. p. 96

¹⁴ GÓMEZ, Óp. Cit., p. 208

Retomando, se tiene que el derecho administrativo sancionador comparte la aplicación de principios de los cuales primero hizo uso el derecho penal, o bien, que se originaron dentro de su dogmática¹⁵. Sin embargo, como el derecho administrativo sancionador no solo responde a la lógica de establecer la responsabilidad de una persona y con base en ello decidir sobre la aplicación de un castigo, debe destacarse que el derecho administrativo tiene a cargo responder a finalidades distintas a las que se le confían a la justicia penal, como lo es la protección del interés general¹⁶ que se satisface a través del ejercicio de las competencias misionales de una entidad administrativa dentro del funcionamiento del Estado.

La aplicación de los principios garantistas que se exigen con total rigor en el desenvolvimiento de la actividad penal, se ve matizada¹⁷ en el derecho administrativo sancionador, como se ha dicho, dada la responsabilidad que tiene la administración pública de asegurar la satisfacción del interés general desde la efectividad de sus funciones y competencias. Sobre el particular, señala Eduardo García de Enterría que mientras en la potestad punitiva penal:

(...) se protege el orden social colectivo, y su aplicación persigue esencialmente (sin perjuicio de la concurrencia de otros fines difusos) un fin retributivo abstracto, expiatorio, eventualmente correctivo o resocializador, en la persona del delincuente. La potestad sancionadora de la administración sería por el contrario, una potestad doméstica, en el sentido de vocada a la propia

¹⁵ NIETO, Óp. Cit., p. 27

¹⁶ *Ibíd.*, p. 26

¹⁷ *Ibíd.*, p. 27

protección más que a otros fines sociales generales, con efecto solo de quienes están directamente en relación con su organización o funcionamiento, y no contra los ciudadanos en abstracto.¹⁸

De lo expuesto, se puede entonces decir que, mientras en el derecho penal podría decirse que su razón de ser se realiza en la persona del inculcado y en la sociedad como concepto abstracto, la potestad administrativa sancionadora se realiza de modo particular en la persona del administrado con relación a las competencias específicas y especializadas que una entidad tiene en razón del sector administrativo concreto al cual pertenece dentro del esquema orgánico de funcionamiento del Estado¹⁹.

Con ello, es oportuno lo que afirma Gómez Pavajeau²⁰ cuando indica que la potestad administrativa sancionadora comprende en esencia dos modalidades que operan como un complemento de la potestad de mando, habida cuenta que contribuyen a la eficacia de las decisiones administrativas. En primer lugar, se destaca la modalidad correccional que es la que se aplica a los particulares en los distintos sectores administrativos que son regulados de acuerdo con el campo de acción que les es propio a esos sectores (Ej. tránsito, ambiente, alimentos, telecomunicaciones, tributos, etc.); entre tanto, en segundo lugar se destaca la modalidad disciplinaria, la cual responde como un mecanismo de organización interna en el funcionamiento del Estado y que se aplica a sus propios funcionarios a través de un régimen de deberes

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, Óp. Cit., p. 148

¹⁹ OSPINA GARZÓN, Andrés Fernando. El fundamento del poder de sanción de la Administración: terapia para el abandono de un complejo. En: El Poder Sancionador de la Administración Pública: Discusión, Expansión y Construcción. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018. p. 35

²⁰ GÓMEZ, Óp. Cit., p. 208

y prohibiciones. Con base en lo anterior, es oportuno complementar que esa modalidad disciplinaria refleja o evoca a la teoría italiana de la autotutela administrativa según la cual se le reconoce a la administración, no solo la autoridad para producir actos jurídicos sino que también se le dota de los medios necesarios para hacerlos cumplir²¹. De ese modo el poder de sanción administrativa es un poder ejecutivo de carácter conminatorio de autotutela.

Ahora bien, debe señalarse que la teoría de la autotutela como fundamento de la potestad sancionadora de la administración no está exenta de críticas en la medida que si el factor que explica esa capacidad punitiva es, como se ha dicho, la necesidad de dotar de eficacia las decisiones de las entidades administrativas, un evento que no estaría comprendido allí y que sin embargo sucede, tiene que ver con la sanción en la que previamente no existe esa decisión que se quiere ejecutar coercitivamente, sino que el ejercicio que hace la administración es de carácter declarativo²².

Son ejemplos que pueden ilustrar lo anterior acerca del ejercicio ejecutivo y del ejercicio declarativo de la potestad sancionadora de la administración, los siguientes: 1. Es ejecutivo cuando antecede a la sanción una decisión de la misma Administración que se pretende hacer cumplir, como por ejemplo una orden de demolición de una obra que se ha desatendido. 2. Es declarativo cuando en sentido estricto al ejercicio sancionador no antecede una decisión de la administración que se pretenda hacer cumplir. Un ejemplo de ello, es cuando la autoridad administrativa declara el incumplimiento de un deber de tránsito previsto como infracción en una ley. La decisión de la autoridad es de contenido declarativo y allí no ejecuta propiamente el contenido de una decisión suya. Evidentemente puede ocurrir después como sería el evento en

²¹ OSPINA, Óp. Cit., p. 24

²² *Ibíd.*, p. 32

que deba ejecutar la multa que resulte de esa infracción de tránsito ante el no pago del ciudadano, pero en todo caso, la potestad sancionadora de la administración habrá comenzado como una acción declarativa y no ejecutiva.

De conformidad con lo expuesto, el fundamento de la potestad sancionadora de la administración no se agota en la fundamentación según la cual se le dota de poder punitivo solo en orden de asegurar ejecutivamente sus decisiones, puesto que la facultad sancionadora también tiene un componente declarativo frente a los mandatos que vienen de otras autoridades, como sería el caso de las legislativas.

Con alta probabilidad, uno de los aspectos sustanciales en la consideración de las sanciones administrativas y de las sanciones penales, y con ello de las garantías que se proporcionan en uno u otro campo, está relacionado con que la distinción que se establece entre el injusto penal y el injusto administrativo no es el resultado de una diferenciación ontológica sino del proceso valorativo y de calificación que hace el poder legislativo, que en ejercicio de su libertad de configuración normativa, ha decidido que un comportamiento determinado sea objeto de sanción administrativa²³. En consecuencia, no existe una esencia conceptual para lo que es un delito y otra esencia conceptual para lo que es una infracción administrativa por cuanto un mismo comportamiento puede ser catalogado de uno u otro modo. Que sea una infracción administrativa y no un delito, o viceversa, o incluso

²³ ROJAS LÓPEZ, Juan Gabriel. La antijuridicidad material: ¿elemento de la potestad sancionadora de la Administración? En: El Poder Sancionador de la Administración Pública: Discusión, Expansión y Construcción. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018. p. 191

que un mismo comportamiento sea sujeto de persecución tanto penal como administrativa, es solo el resultado de una decisión normativa del legislador²⁴.

Ejemplo de ello, es que existen comportamientos que hoy son delitos y que antes no constituían más que infracciones administrativas, y a su turno, infracciones administrativas que dejaron de serlo para hoy constituir delitos, o bien, comportamientos que de manera simultánea eran objeto del derecho penal y del derecho administrativo sancionador, y hoy ya no son ni lo uno ni lo otro. Es sustancial entonces identificar que la condición de delito o de infracción administrativa no connota una calificación perpetua ni definitiva, pues responde a un proceso valorativo²⁵ que tiene lugar en un contexto, es decir, en un espacio y tiempo determinado y que es susceptible de cambio.

Conforme con lo anterior, se tiene que una conducta, sea acción u omisión, que jurídicamente se califica como ilícita no pertenece a priori a un área específica del derecho. Dado que carece de una ontología que de manera pétrea la defina, esa conducta ilícita es susceptible de pertenecer a distintas áreas sancionadoras de modo tal que un ilícito se subsume en términos generales dentro del concepto de derecho punitivo. Sobre este aspecto, la Sentencia C-762 de 29 de octubre de 2009 de la Corte Constitucional²⁶ establece que la facultad de sanción se divide entre el derecho penal, frente al cual se señala que se dirige a los comportamientos que el legislativo valora como los más gravosos para la sociedad; y por el otro lado, se encuentra el

²⁴ RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván. La naturaleza administrativa de la potestad disciplinaria: rompiendo el mito de la tan anhelada autonomía creada desde el derecho penal colombiano. En: Derecho Disciplinario Libro de Memorias del Congreso Internacional. Arequipa. Primera edición, 2016. p. 18

²⁵ RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván. Origen, justificación y presupuestos de la potestad sancionadora de la Administración en el ordenamiento jurídico colombiano. En: El Poder Sancionador de la Administración Pública: Discusión, Expansión y Construcción. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018. p. 74

²⁶ M.P. Juan Carlos Henao Pérez

derecho administrativo sancionador el cual se divide generalmente en tres: contravencional, disciplinario y correccional. A ellos, también se ha referido el derecho de punición por indignidad política (impeachment).

Paso seguido, se destaca también como diferencia entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador que en el primero, sin perjuicio de aquellos delitos que exigen un sujeto cualificado, por regla general es aplicable a todas las personas mientras que en el segundo, el derecho administrativo sancionador, dada la multiplicidad y especialidad de sectores a que pertenece y que tienen sus propias funciones y competencias específicas, sus normas de sanción se aplican en contextos específicos y en atención a la relación que tiene una persona con el Estado²⁷.

Esa acepción que el derecho penal se ocupa de castigar conductas que son más graves mientras que el derecho administrativo sancionador se ocupa de conductas más leves²⁸; y la referida anteriormente según la cual, el derecho penal se dirige por regla general contra todos los miembros de una sociedad mientras que las sanciones del derecho administrativo lo hacen frente a sujetos cualificados, que tienen algún vínculo especial con la administración, son a su turno objeto de refutaciones.

Rincón Córdoba²⁹ destaca que la potestad sancionadora de la administración se ocupa en buena medida de la protección de intereses o derechos colectivos que son los que hacen posibles ciertos derechos fundamentales cuya tutela luego hace el derecho penal. De ese modo, no es cierto que el derecho administrativo se ocupe necesariamente de conductas más leves a

²⁷ OSPINA, Óp. Cit., p. 33

²⁸ RINCÓN, Óp. Cit., p. 76

²⁹ Loc. Cit.

las que castiga el derecho penal pues evidentemente pueden existir cuestiones administrativas que comportan la misma trascendencia social, incluso una oportuna sanción administrativa puede tener una idoneidad mayor a la hora de evitar la consumación de un daño comparada con la efectividad que tendría un castigo desde la óptica de lo penal.

Sobre este punto, es donde se hace evidente que la administración pública no solo responde bajo la lógica de sancionar a un responsable sino que ese castigo administrativo también tiene una función de servir de medio para la protección del interés general³⁰. Un ejemplo puede ilustrar lo anterior, y es el hecho de considerar todas aquellas sanciones administrativas de carácter conminatorio con las que no solo se castiga el incumplimiento de las medidas de saneamiento ambiental, sino que con ellas se persigue esencialmente que cesen los actos de contaminación. Como queda visto, el rol que cumple la sanción administrativa va más allá de los meros predicamentos de la responsabilidad subjetiva, y se instala dentro de la materialidad del fin misional que se le confía a la entidad pública de acuerdo con la especialidad de sus funciones.

Frente a la acepción según la cual los castigos penales son más severos que los que se imponen en el derecho administrativo sancionador, se tiene que salvo el monopolio en la imposición de la pena de privación de la libertad, las otras medidas que impone la jurisdicción penal no son materialmente distintas a las medidas que pueden ser impuestas en el derecho administrativo sancionador³¹.

³⁰ SANTAELLA QUINTERO, Héctor. El principio de tipicidad en el derecho administrativo sancionador: panorámica de una garantía de contornos imprecisos. En: El Poder Sancionador de la Administración Pública: Discusión, Expansión y Construcción. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018. p. 147

³¹ RINCÓN, Óp. Cit., p. 77

Frente a que el derecho penal respecto al derecho administrativo sancionador se ocupa de imponer restricciones generales al comportamiento de la ciudadanía mientras que el administrativo sancionador lo hace en la medida que un ciudadano tiene relación con un sector regulado de la administración, Rincón Córdoba³² indica que en la práctica puede ocurrir que tanto el derecho penal como el derecho administrativo se ocupen de proteger con su punición un mismo bien jurídico y de esa forma, varios delitos coinciden con infracciones administrativas. Con ello, se sigue que una sanción administrativa, por darse en el escenario de un sector específico, no viene a ser una radical diferencia desde la óptica del bien jurídico que se protege, tanto por la sanción penal como por la administrativa. Se evidencia de nuevo el hecho que ontológicamente el ilícito administrativo no se distingue del ilícito penal.

De esa forma, es un hecho comprobado en la práctica jurídica actual que existen sanciones administrativas cuyo nivel de abstracción y generalidad es similar al que comportan las medidas penales. En ese orden, se tiene que existe un buen número de sanciones administrativas que no corresponden a un sujeto cualificado o a un sujeto que tenga de antemano una vinculación especial con la administración³³. Dentro de los ejemplos de esa situación, se tienen las sanciones que en general se aplican a toda la ciudadanía por mandatos de orden público, o las sanciones que se aplican a ciertas personas precisamente por no tener esa vinculación con la administración, como sería el caso de la sanción que se le impone a un ciudadano a través de una multa de tránsito por conducir un vehículo sin contar con el permiso del Estado.

³² Loc. Cit.

³³ OSPINA, Óp. Cit., p. 35

Siguiendo la anotación sobre la consideración de bienes jurídicos se ha afirmado que otra de las diferencias que posee el derecho penal respecto al derecho administrativo sancionador consiste en que el derecho penal se ocupa de la protección de bienes jurídicos individuales mientras que el derecho administrativo sancionador se ocupa de bienes jurídicos colectivos³⁴.

Frente a este aspecto, se tiene el comprobado hecho que existen delitos que se ocupan de la protección de intereses colectivos, y a su turno, existen sanciones administrativas que protegen derechos individuales.³⁵ Nuevamente queda en evidencia la ausencia de una esencia ontológica y definitiva de lo que constituye un delito y de lo que constituye un ilícito administrativo. Si un comportamiento es susceptible de ser catalogado como ilícito penal y luego como ilícito administrativo, o viceversa, también se tiene que un comportamiento que involucra bienes jurídicos individuales puede ser infracción administrativa o ilícito penal. Lo mismo ocurre en el caso de bienes jurídicos colectivos: su afectación puede constituir hoy un delito y mañana solamente una infracción administrativa.

Habiéndose expuesto algunas de las refutaciones que se formulan contra las diferencias tradicionalmente reconocidas entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, debe indicarse que cuando el órgano legislativo en ejercicio de su potestad de configuración normativa decide calificar un comportamiento como un ilícito administrativo, las consecuencias que pueden seguirse son:

³⁴ RINCÓN, Óp. Cit., p. 77

³⁵ Loc. Cit.

En primer lugar, que la decisión sobre su comisión y la decisión sobre su castigo la adopta una autoridad administrativa y no un juez penal³⁶.

En segundo lugar, que el control judicial de la sanción administrativa en sentido estricto no se surte dentro de las mismas etapas del procedimiento administrativo, como ocurre en lo penal que dentro de su esquema procesal ese control judicial ya se encuentra incorporado, sino que el procedimiento y la decisión de la autoridad administrativa, son susceptibles de un control posterior por parte del Poder Judicial. Sean las que sean las diferencias que distinguen el procedimiento administrativo sancionador del proceso penal, en todo caso, la exigencia de un procedimiento se erige como un presupuesto necesario pues “no es razonable sostener una sanción sin un mecanismo que permita identificar al responsable y sin probar los hechos sancionables”.³⁷ En consecuencia, no es posible sostener una sanción al margen de un proceso, tanto en lo administrativo como en lo penal, pues ese instrumento adjetivo es el que dota al reproche de validez.

En tercer lugar, como resulta lógico, las sanciones han de imponerse mediante la estructura formal de un acto administrativo y no de una sentencia³⁸. Rincón Córdoba³⁹ destaca que la sanción se impone a través del acto administrativo, a diferencia de lo que ocurre con las sentencias penales, las cuales hacen tránsito a cosa juzgada, la sanción administrativa hace

³⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 22 de octubre de 2012, Rad. No. 05001-23-24-000-1996-00680-01 (20738) CP. Enrique Gil Botero

³⁷ CASTILLO CÓRDOVA, Luis. Debido Proceso y Potestad Sancionadora. En: Derecho Disciplinario Libro de Memorias del Congreso Internacional Arequipa. Primera edición, 2016. p. 59

³⁸ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 22 de octubre de 2012, Rad. No. 05001-23-24-000-1996-00680-01 (20738) CP. Enrique Gil Botero

³⁹ RINCÓN, Óp. Cit., p. 79

tránsito a “cosa decidida” la cual es susceptible del ya referido control judicial posterior.

El precitado autor indica que la sanción administrativa constituye un castigo, de modo que no debe confundirse con las medidas de carácter restitutorio, restablecedor o resarcitorio. En ese orden, las facultades con las que cuenta la Administración Pública no se limitan a sancionar, sino que poseen funciones tendientes a cumplir con la protección del interés general restableciendo el orden turbado, o si se quiere, reparándolo. Por ello concluye el autor que toda sanción administrativa es una prerrogativa, más no toda prerrogativa constituye una sanción⁴⁰.

Coincide Rincón Córdoba en afirmar que la sanción administrativa opera más en una lógica de medio que de fin, por lo que no se ve separada de las competencias que tiene cada entidad administrativa en el desarrollo de objetivos y funciones específicas. En ese orden, como ya se advirtió el derecho administrativo sancionador no se conforma con castigar al responsable sino que ese castigo sirve como instrumento en la satisfacción del interés general del que se encarga la entidad administrativa desde la óptica de sus funciones y competencias específicas.

Entonces, si bien el procedimiento administrativo no tiene el ritualismo propio de lo penal, esa flexibilización no debe entenderse como una eliminación de las garantías del derecho al debido proceso. De allí que uno de los efectos que se siguen de agrupar el derecho penal con el derecho administrativo sancionatorio en el concepto general del *Ius Puniendi* es que ambas disciplinas pueden interactuar bajo la lógica de unas garantías

⁴⁰ *Ibíd.*, p. 82

constitucionales comunes.⁴¹ Sin embargo, si bien el derecho administrativo sancionador comparte elementos en común con el derecho penal, como ya se ha indicado, ello no implica que la intensidad de las garantías constitucionales sea la misma.

En consecuencia, la interacción del ilícito administrativo respecto a las garantías que existen en lo penal es modulada reiterándose que no solo está en juego el interés del encartado en que la actuación se decida de manera imparcial e independiente, sino que la administración también puede resultar afectada al ser la garante del interés colectivo mediante el ejercicio de sus competencias misionales⁴². En consecuencia, las garantías que se aplican en el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración son el resultado de la valoración que hace el legislador, donde no se tiene en cuenta únicamente el interés del inculpado, sino la protección del interés público que a través de las funciones de la entidad administrativa se encuentra involucrado.

Frente a esa última consideración refiere Rincón Córdoba⁴³ que en Colombia el derecho administrativo sancionador atiende a 2 lógicas: 1. Que se somete a la Constitución Política, especialmente por la exigencia de las garantías del debido proceso, las cuales tienen la forma de mandatos de optimización, con la cual se condiciona al legislador “en la determinación de las particularidades del sancionatorio sectorial y a la Administración y a los jueces en la aplicación e interpretación de las normas”⁴⁴ y 2. El derecho penal da un punto de referencia a través de sus construcciones. Entonces de acuerdo con el artículo 29 de la Constitución Política se tienen como garantías comunes en

⁴¹ *Ibíd.*, p. 119

⁴² *Ibíd.*, p. 135

⁴³ *Ibíd.*, p. 122

⁴⁴ *Loc. Cit.*

el derecho punitivo⁴⁵: 1. Legalidad de los ilícitos y las sanciones, 2. El juez natural, 3. La necesidad de adelantar un procedimiento previo 4. El derecho de contradicción y defensa, 5. El principio de favorabilidad 6. La presunción de inocencia 7. La culpabilidad como elemento que estructura la responsabilidad 8. La posibilidad de ser representado por un abogado. 9. La posibilidad de un defensor de oficio 10. La posibilidad de ejercer recursos contra un acto administrativo sancionatorio, 11. El non bis in ídem, 12. La garantía de no autoincriminación.

De tales garantías es donde el legislador puede determinar su alcance, o si se quiere, su intensidad de aplicación en los distintos sectores administrativos que regula, sin embargo, debe respetar el núcleo esencial del derecho de modo que, so propósito de matizarlo, termine anulándolo. En consecuencia, en el proceso de matización y de adaptación se atiende al interés o bien jurídico colectivo cuya gestión se le encomienda al sector administrativo, pero en todo caso, debe respetarse el núcleo esencial de los derechos fundamentales⁴⁶.

Conforme con todo lo expuesto, es claro que el punto fundamental del encuentro entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador es que ambas variantes del *ius puniendi*⁴⁷ del Estado, están subordinadas a la prevalencia de las garantías del derecho al debido proceso y al respeto de los derechos fundamentales. La distinción que principalmente se establece entre una variante y otra de ese poder de castigo, atiende a la responsabilidad que tienen las distintas entidades públicas de proteger el interés general que a ellas se les confía, desde la especialidad y especificidad de sus funciones

⁴⁵ Ibíd., p. 124

⁴⁶ Sentencia C-942 de 2009 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

⁴⁷ RINCÓN, Óp. Cit., p. 119

y competencias. De ese modo, la intensidad de las garantías que se reconocen dependerá del proceso de valoración que se haga en cada procedimiento administrativo especial sin que ello impida la formulación de un procedimiento administrativo general. En todo caso, todas esas formas procedimentales administrativas deben asegurar la prevalencia del núcleo esencial⁴⁸ de los derechos fundamentales del encartado pues, como ocurre con el ejercicio de cualquier potestad pública, ella deviene de una fundamentación constitucional, que para el caso colombiano es la del Estado Social y Democrático de Derecho.

Como quedó sustentado, varias de las diferencias que tradicionalmente han sido reconocidas entre el derecho penal y el derecho administrativo sancionador, constituyen distinciones contingentes cuyas refutaciones provienen de un hecho principal: que un comportamiento no es ontológicamente un ilícito penal o un ilícito administrativo sino que esa calificación es el resultado de una valoración que hace el legislador dentro de un contexto temporal y espacial, y por tanto que no se mantiene necesariamente perpetua e inmodificable⁴⁹. Si ese contexto temporal y espacial está sujeto al cambio, es lógico que también pueda ser susceptible de variación la calificación que tiene una conducta como delito o como infracción. No es una realidad con vocación de estabilidad perpetua.

El proceso de matización que tiene lugar en el derecho administrativo sancionador tiene especial incidencia en la consideración del principio de legalidad, y dentro de él, en las garantías de *reserva legal* y del *mandato de tipificación*, aspectos que se desarrollan en el siguiente acápite.

⁴⁸ Ibíd., p. 125

⁴⁹ RINCÓN, Jorge Iván. La naturaleza administrativa de la potestad disciplinaria: rompiendo el mito de la tan anhelada autonomía creada desde el derecho penal colombiano. Óp. Cit., p. 18

A. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y SUS CATEGORÍAS DE RESERVA LEGAL, EL MANDATO DE TIPIFICACIÓN Y EL MANDATO DE *LEX SCRIPTA*

El principio de legalidad es una garantía que se exige de la potestad sancionadora del Estado en procura de respetar los derechos fundamentales de los ciudadanos cuando se ejerza el *ius puniendi*. El principio se desdobra en dos componentes⁵⁰: uno formal y otro material. De esa forma, se exige que exista en una norma con rango de ley (vertiente formal) de forma previa (lex previa) la tipificación de la conducta que constituye un ilícito y su sanción (vertiente material) y que esa norma cumpla de manera razonable con hacer una descripción (lex scripta) que sea clara para los ciudadanos a los que se dirige, de modo tal, que puedan conocer razonable y claramente lo qué está proscrito, y que de incumplirlo, habrá lugar a sanción (lex certa).

Con fundamento en los anteriores elementos estructuradores, se constituye en una garantía de seguridad jurídica⁵¹. De modo particular, la exigencia de una *lex previa* impide a las autoridades del Estado la creación posterior de normas para la tipificación y sanción de hechos que las precedieron; más no basta solo ello, esa preexistencia normativa debe ser lo más clara y precisa posible a efectos de atenuar el margen de interpretación subjetiva y discrecional a la hora de juzgar el comportamiento de los ciudadanos: cuanto más precisa es una ley, de menos margen de discrecionalidad su intérprete dispone.⁵²

Lo expuesto permite desde ya identificar una diferencia entre la exigencia de legalidad y el mandato de tipificación⁵³ en sentido estricto. La diferencia versa

⁵⁰ NIETO, Óp. Cit., p. 297

⁵¹ Ibíd., p. 217

⁵² Ibíd., p. 202

⁵³ Ibíd., p. 206

en que no basta con que la previsión de las infracciones y sanciones esté en un texto normativo, con ello se cumple el mandato de tipificación más no el principio de legalidad al exigir que esa tipificación no se haga en cualquier texto normativo sino en una ley. Esa exigencia se denomina reserva legal y responde al principio democrático según el cual es el propio ciudadano quien a través de sus representantes legislativos decide los supuestos de hecho en los que puede ser sancionado. De acuerdo con lo anterior, Alejandro Nieto⁵⁴ indica que el principio de legalidad en materia administrativa sancionadora tiene en su núcleo duro los siguientes componentes: 1. El mandato de reserva legal, 2. El mandato de tipificación, y 3. Las prohibiciones de *non bis in ídem* y de irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables.

Entonces, mientras el principio de legalidad opera como la exigencia formal, que la descripción esté contenida en un texto con fuerza de ley (reserva legal), el mandato de tipificación opera como la exigencia material⁵⁵ respecto a la descripción de la conducta de manera *scripta* y *certa*. A su turno, el mandato de tipificación consiste en que se determine de manera cierta y precisa tanto la conducta que se reprocha, como su sanción y de ese modo se proteja la seguridad jurídica reduciendo la discrecionalidad y la subjetividad en el desenvolvimiento de la potestad sancionadora⁵⁶. Se anticipa que esa certidumbre es la que permite que el derecho administrativo sancionador logre su cometido y es que, dada la claridad de la prohibición y su castigo, el sujeto pueda programar su comportamiento⁵⁷ y con base en ello, o evite incurrir en la infracción, o bien, que al hacerlo no lo haga sin que haya conocido de la ilicitud.

⁵⁴ *Ibíd.*, p. 219

⁵⁵ *Ibíd.*, p. 295

⁵⁶ *Ibíd.*, p. 297

⁵⁷ *Loc. Cit.*

La tipicidad exige una predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra⁵⁸. De esa forma, el mandato de tipificación se desdobra en dos puesto que por un lado, exige que se declare cuáles son aquellos comportamientos que constituyen una infracción administrativa, y por otro lado, exige que se tipifique cuál será su sanción⁵⁹. Con base en lo anterior, es claro que lo que se opone a la certidumbre que persigue el mandato de tipificación es la indeterminación ya sea de la infracción, de su sanción, o de ambas de modo que se abre un amplio espectro de discrecionalidad. A su turno, el administrado no conocerá de antemano qué conducta en específico genera la imposición de una sanción, y también en algunos casos, cuál es esa sanción.

El mandato de tipificación se encuentra estrechamente relacionado con el principio de proporcionalidad en la medida que se exige que la sanción típica que se atribuye a la infracción, guarde correspondencia entre la gravedad del hecho y el castigo que se le asigna.⁶⁰ A su turno, la proporcionalidad responde a la exigencia que el fin que se persigue con la sanción, así como los medios para conseguirlo, no impliquen un arbitrario sacrificio de derechos y garantías fundamentales. Se tiene que los fines que se persiguen con la sanción administrativa deben ser suficientes para justificar su existencia, de modo que el castigo debe ser útil a la hora de alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, y además que esa medida punitiva se evidencie como necesaria.⁶¹ Sobre este punto debe señalarse que el fin del derecho administrativo sancionador no debe ser propiamente la imposición de la sanción sino que la

⁵⁸ *Ibíd.*, p. 302

⁵⁹ *Ibíd.*, p. 303

⁶⁰ *Ibíd.*, p. 351

⁶¹ *Ibíd.*, p. 352 y 353

simple amenaza de su imposición contribuya eficazmente al acatamiento de deberes y prohibiciones.⁶²

Con base en lo expuesto, se sigue que la garantía de *lex previa* que forma parte del principio de legalidad, traza un límite a las autoridades para que no ejerzan la potestad de juzgar conductas e imponer sanciones por fuera del ordenamiento jurídico. Esa exigencia de una norma que además de previa, debe ser razonablemente clara, hace posible una de las finalidades sustanciales de la potestad sancionadora: que el ciudadano destinatario de la prohibición pueda prever de antemano su comportamiento, y bajo la amenaza de la sanción, evite incurrir en el ilícito que le ha sido descrito⁶³. El carácter previo y certero de la norma permite en principio concluir que el ciudadano incurrió en la proscripción, sabiendo que ella era tal, y que se seguía la consecuencia de la sanción.

Sobre ese aspecto, Alejandro Nieto apunta que la amenaza de la sanción cumple efectivamente su finalidad “al preexistir al hecho material de la infracción e imposición de sanciones, la tipificación de aquellas y el señalamiento de éstas, en garantía de quien, a la vista de estas prohibiciones y de sus consecuencias, conscientemente se determina a acomodar o no su conducta a lo que la legislación prevé”.⁶⁴ Por ello, en el carácter previo y claro de una norma jurídica que tipifica una sanción, proporciona un elemento de juicio para advertir que una persona incurrió en un comportamiento prohibido de manera consciente.

⁶² *Ibíd.*, p. 34

⁶³ *Ibíd.*, p. 34

⁶⁴ *Ibíd.*, p. 217

Con lo expuesto, también coincide Héctor Santaella Quintero⁶⁵ quien manifiesta que la dupla tipicidad – legalidad tiene como finalidad servir de garantía frente a la incertidumbre que genera la interpretación. De ese modo, si el ciudadano cuenta con las condiciones formales y materiales para anticipar cuál será la respuesta de las autoridades frente a sus acciones cuenta con la posibilidad de tener una línea de certeza que con suficiencia delimita la frontera entre lo lícito y lo ilícito. Por ello, el autor reconoce que toda sanción está supeditada a cumplir con las exigencias de estar escrita (*lex scripta*), de ser previa al hecho que se imputa (*lex previa*), y de ofrecer la suficiente precisión que permita conocer su alcance y su significado (*lex certa*).

Con base en lo anterior, es oportuno indicar, como lo señala Alejandro Nieto, que una norma es completa cuando está dotada de los elementos que aseguran su efectividad, de allí que tiene que satisfacer dos exigencias: ser inteligible y ser potencialmente operativa⁶⁶. Ello se logra con la tipicidad, en virtud de la cual se exige que las infracciones y las sanciones estén descritas de manera previa y textual; y la reserva legal, que exige que dicha previsión se dé bajo el amparo de la ley.

Como se advirtió en el capítulo anterior, dada la enorme variedad de sectores y ámbitos de la vida ciudadana que hoy se encuentran regulados a través del derecho administrativo, son igualmente múltiples las conductas que deben ser objeto de atención. Esa realidad fáctica a la que se enfrenta el derecho administrativo implica que no sea posible una aplicación excesivamente rigurosa del principio de legalidad⁶⁷. No es tarea sencilla para el legislador

⁶⁵ SANTAELLA, Óp. Cit., pp. 143 y 144

⁶⁶ NIETO, Óp. Cit., p. 44

⁶⁷ *Ibíd.*, p. 201

prever a través de sus leyes la totalidad de comportamientos que merecen ser objeto de reproche en los distintos sectores, cada vez más especializados, de la administración pública.

Igualmente, en atención a esa especialidad, tampoco la ley expedida por el órgano legislativo, resulta el texto más idóneo para definir los aspectos técnicos que pueden determinar el ejercicio de la potestad sancionadora. Conspira contra la imposibilidad de la ley de hacer una previsión exhaustiva, la impunidad que resultaría de no comprender dentro de la exégesis de la ley, la totalidad de conductas que en el ámbito administrativo deberían ser objeto de reproche⁶⁸.

Ahora bien, es oportuno aclarar que la limitación de que adolece la ley en la subsunción de comportamientos dentro del derecho administrativo, no implica que en dichos dominios se renuncie al principio de legalidad. El ejercicio del *ius puniendi* exige, y el campo administrativo no es la excepción, que se satisfagan unas razonables exigencias de legalidad y tipicidad como garantías de la seguridad jurídica y de esa manera se atenúe el riesgo de arbitrariedad. Conforme con lo expuesto, lo que se sigue es la exigencia de una matización o atenuación⁶⁹ del principio de legalidad en la construcción del ilícito administrativo y su sanción. Conclusión de lo hasta ahora expuesto, consiste en que una característica sustancial del principio de legalidad en el derecho administrativo es su adaptabilidad con el propósito que su aplicación no termine cercenando la protección del interés general que se le confía a una entidad pública, en un determinado sector de la administración, a través de funciones y competencias.

⁶⁸ Loc. Cit.

⁶⁹ *Ibíd.*, p. 205

Para Santaella Quintero⁷⁰ la situación anterior en la que el legislador no cuenta con la posibilidad de dar cobertura a todos los casos que supone la realidad administrativa actual, y que implican la flexibilización de la reserva legal, le permite afirmar que un principio de juridicidad ha venido a ocupar el lugar del principio de legalidad en sentido estricto. En todo caso, la práctica jurídica actual deja en evidencia que un buen número de conductas y comportamientos que antes fueron objeto de regulación mediante ley, hoy son objeto de una reglamentación compartida entre ese texto legal y una reglamentación administrativa específica.⁷¹

Como consecuencia de lo expuesto, se tiene que la matización del principio de legalidad, y con ello la adaptabilidad de la intensidad de su aplicación en materia sancionatoria administrativa, conlleva a que la ley ya no controle por sí sola la discrecionalidad del operador, ni que al individuo le baste la lectura de las producciones legislativas para identificar la frontera entre lo lícito y lo ilícito. El paradigma democrático a que se hizo referencia, según el cual el ciudadano a través de sus representantes legislativos, define para sí mismo los comportamientos que se le pueden reprochar⁷², queda igualmente atenuado.

El legislativo demanda la colaboración del ejecutivo para determinar las conductas y sanciones que versaran sobre sus electores. Dada la inmensidad de actividades sometidas a vigilancia en la vida social contemporánea, ello resulta necesario para evitar la impunidad y lograr el cumplimiento de las tareas del Estado.⁷³

⁷⁰ SANTAELLA, Óp. Cit., p. 151

⁷¹ *Ibíd.*, p. 152

⁷² NIETO, Óp. Cit., p. 202

⁷³ SANTAELLA, Óp. Cit., p. 157

Por tanto, la exigencia de la reserva legal en materia administrativa sancionatoria no debe entenderse en el sentido que el legislador esté obligado necesariamente a entrar a redactar en sus leyes, exhaustiva y taxativamente, la totalidad del contenido textual que determina la existencia de infracciones y sus sanciones⁷⁴. La reserva legal en materia administrativa sancionadora admite que el órgano legislativo decida llevar a cabo esa tarea directa y completamente, o bien que resuelva hacerlo parcialmente y ordenar que el reglamento complete los elementos faltantes.

En mérito del desarrollo argumentativo anterior se tiene, por tanto, que la reserva legal se cumple a través de dos modalidades⁷⁵: 1. Cuando la ley se ocupa de regular en su integridad la tipificación de infracciones y la tipificación de sanciones, y 2. Cuando la ley se ocupa de regular los aspectos esenciales, ya sea de las infracciones o de las sanciones, y ordena al reglamento completar los aspectos restantes. Con base en ello, se anticipa que la colaboración reglamentaria no es una vulneración a la exigencia de la reserva legal sino una modalidad⁷⁶ en la que puede llevarse a cabo, especialmente si la materia a regular resulta de suyo compleja o atomizada de forma que, en pro de precisión técnica, se confía su determinación a la autoridad idónea.

Tal y como se desarrollará en el acápite destinado a considerar la naturaleza de los principios jurídicos, es importante indicar que la reserva legal responde bajo esa lógica, bajo la lógica de un principio jurídico. De ese modo, no se aplica bajo una exigencia de todo o nada como sucede con las reglas del derecho (las cuales de acuerdo con el supuesto de hecho sometido a examen, se aplican o no se aplican) sino que su estructura de principio

⁷⁴ NIETO., Óp. Cit., p. 260

⁷⁵ Loc. Cit.

⁷⁶ Ibíd., p. 265

permite que su intensidad sea matizada, en mayor o menor grado, en consideración del asunto al que se aplica. En el derecho penal, la intensidad de la reserva legal es estricta, en el derecho administrativo sancionador la intensidad es atenuada⁷⁷.

Esa posibilidad de atenuación intenta conciliar dos extremos que resultan igual de indeseables en la potestad sancionadora de la administración. Como ya ha sido advertido, un extremo consiste en que una rigurosidad extrema de la exigencia de la vertiente formal de la legalidad puede facilitar la impunidad y dejar impotentes a las entidades administrativas a la hora de reprender hechos que pese a merecer ser castigados, no pueden serlo a consecuencia que la literalidad de la ley no es suficiente para subsumirlos en su contenido expreso. El otro extremo consiste en que una excesiva ligereza en la exigencia de la reserva legal puede conducir a que el funcionario sustente arbitrariamente una sanción bajo la apelación a un marco sistemático de referencia o de una supuesta cobertura legal que en realidad no cumple con la garantía de la *lex previa y certa*⁷⁸. En otras palabras, la actividad sancionadora resultaría del parecer eminentemente subjetivo del juzgador y no propiamente del texto previo y determinado que se exige como condición de seguridad jurídica para el administrado.

En todo caso, la aludida potencialidad adaptativa que caracteriza al principio de legalidad en el contexto del derecho administrativo sancionador, expresa la admisión que su intensidad sea modulada para conciliar tanto las garantías del encartado como del interés público involucrado en la actuación de allí que sea una práctica jurídica común que los reglamentos entren completar la

⁷⁷ *Ibíd.*, p. 27

⁷⁸ *Ibíd.*, p. 295

regulación legal de los tipos de infracciones y sus sanciones⁷⁹. Lo anterior connota entonces el concepto de colaboración reglamentaria en la construcción de los tipos sancionatorios administrativos a través de la utilización de normas de remisión y es la materia que se aborda a continuación en el siguiente acápite.

B. UTILIZACIÓN DE NORMAS DE REMISIÓN Y NORMAS EN BLANCO

La administración a través de sus competencias públicas tiene una misión de gestión de intereses generales a través de tareas específicas. De esa forma, como el número de infracciones administrativas tiende a crecer proporcionalmente a cómo aumente la gestión administrativa, de lo que resultan minuciosas reglamentaciones de acuerdo con la especialización cada vez mayor de las tareas del Estado, quedó visto que la exigencia de que solo a través de la ley se tipifiquen las infracciones y las sanciones conlleva la dificultad que por demás se hace una tarea interminable, y que en todo caso, requiere de una continua corrección⁸⁰. Es en ese contexto de limitación del legislador, y también de limitación de la ley, de donde resulta necesario acudir, a la complementación reglamentaria, a las leyes en blanco y a los conceptos jurídicos indeterminados, entre otros.

Sobre este aspecto, siguiendo a Sánchez Morón, el legislativo “no puede regularlo todo, por lo que las leyes necesitan la colaboración subordinada del reglamento”.⁸¹ Por su parte, Gómez Pavajeau⁸² defiende la existencia de las

⁷⁹ *Ibíd.*, p. 249

⁸⁰ *Ibíd.*, p. 203

⁸¹ SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Derecho administrativo. Parte General. Madrid: Tecnos, 2006. p. 180

⁸² GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. La relación especial de sujeción. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 192

normas en blanco señalando que renunciar a esa figura implica dejar abierta la posibilidad que se facilite la comisión de conductas contrarias al ordenamiento jurídico que no sean sancionables.

Igualmente conforme con lo que fue desarrollado, se puede afirmar que el paradigma de la atenuación de la reserva legal puede proporcionar un insumo para la que sería, ya no otra matización, sino la acentuación de lo que respecta al mandato de tipificación y su garantía de *lex certa*. De esa forma, la finalidad de las normas de remisión, y con ello de la colaboración reglamentaria, es que ante la imposibilidad del texto legal de subsumir en él la variada multiplicidad de conductas que merecen ser objeto de reproche en el ámbito administrativo, se confía esa determinación expresa a la entidad que reviste la autoridad misional y técnica en la materia. La finalidad de la remisión y de la actividad de completar que hace el reglamento⁸³, es precisamente servir como insumo de garantía a la hora de materializar el mandato de tipificación y la finalidad que el ciudadano pueda programar su comportamiento de cara a la connotación preventiva que caracteriza a la potestad sancionadora de la administración.

La colaboración reglamentaria puede responder a esa finalidad de proporcionar una completa tipificación en dos sentidos: Uno, en ahondar en el objetivo que las infracciones gocen de mayor certeza y exactitud. Dos, en una pretensión de exhaustividad a partir de la cual queden completos los ilícitos de un determinado sector administrativo. Con base en ello, García Manzano afirma que se trata de “contribuir a la más correcta identificación de las conductas a la más precisa determinación de las sanciones

⁸³ NIETO, Óp. Cit., p. 265

correspondientes”⁸⁴. Sin embargo, se añade que so pretexto de lograr una mayor certeza o especificidad de los ilícitos o sus sanciones, no puede desconocerse el marco trazado por la ley o el campo de autorización o habilitación dado para ello, el reglamento siempre se encuentra supeditado al respeto de la ley. En la misma línea se encuentra Ossa Arbeláez cuando señala sobre la colaboración reglamentaria y las normas de remisión que: “la ley se limita a estructurar los elementos esenciales y comunes de todos los tipos, dejando al Reglamento la tarea de perfeccionarlos e integrarlos”.⁸⁵

Sin embargo, no basta con que exista una finalidad de especificidad para que opere la colaboración reglamentaria. Santaella⁸⁶ señala que frente a las leyes de remisión, las cuales pueden ser objeto de control de constitucionalidad, no basta con que el legislador se desprenda de definir los aspectos de regulación de la potestad sancionadora de la administración alegando que era complejo o de difícil definición. Es allí donde el autor refiere la cuestión sobre la *mayor tipificación posible*⁸⁷ o en otras palabras si el legislador hizo todo lo posible para delimitar con detalle la regulación de las infracciones administrativas y sus sanciones. Lo expuesto, puede ser considerado como una crítica sobre la presunta discrecionalidad de la que goza el legislador a la hora de cumplir con la exigencia de la reserva legal y con la cual se aduce que puede decidir de forma discrecional si entra a establecer en sus leyes todos los supuestos del ilícito administrativo y su sanción, o si lo hace mediante normas de remisión.

⁸⁴ GARCÍA MANZANO, Pablo. Comentario sistemático a la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento común. Madrid: Carperi, 1993. p. 371

⁸⁵ OSSA ARBELÁEZ, Jaime. Derecho administrativo sancionador. Una aproximación dogmática. Segunda edición. Bogotá: Legis, 2009. p. 272

⁸⁶ SANTAELLA, Óp. Cit., p. 182

⁸⁷ Loc. Cit.

En todo caso, y siguiendo a Nieto⁸⁸, el mandato de tipificación se cumple generalmente en dos planos sucesivos: 1. Que la norma describa primero el comportamiento o conducta que constituye una infracción, y paso seguido, 2. Que asigne a ese comportamiento o conducta una sanción. Por ello, la tipificación constituye una doble garantía que la norma puede satisfacer, o bien directamente, al hacer una descripción completa de la infracción y su sanción; o mediante una estructura en la cual declara que constituye una infracción la violación a otro mandato el cual se encarga de establecer el reglamento. De esa forma, existe una remisión normativa bajo el concepto de colaboración reglamentaria. Sin embargo, ello no es ajeno a críticas, dentro de las cuales Santaella reitera:

“Ya no solo nadie busca o exige el detalle o los pormenores en la tipificación de las faltas administrativas y sus sanciones; nadie parece echarlas de menos... Especies en vía de extinción, los tipos que precisan o (al menos) designan conductas específicas como reprobables van a menos. ¿Para qué incurrir en tales molestias, si basta con calificar como infracción el incumplimiento de cualquier ley, reglamento, acto administrativo, circular o instrucción impartida por una autoridad? La cláusula general y el principio de libertad se resienten, lo mismo que la seguridad jurídica, cuando todo está prohibido y corresponde a una autoridad administrativa, a discreción, definir si este o aquel comportamiento encaja dentro de ese genérico tipo impuesto por la ley.”⁸⁹

De acuerdo con el autor, ello es algo que no se resuelve con la apelación a que la justicia contenciosa es la llamada a controlar los excesos de las

⁸⁸ NIETO, Óp. Cit., p. 312 y siguientes

⁸⁹ SANTAELLA, Óp. Cit., p. 183

autoridades administrativas pues las garantías constitucionales no se reducen a un control posteriori. En consecuencia, la esencia de la dupla legalidad tipicidad no es otra que en efecto, limiten. Si no lo hacen es porque materialmente no se han matizado, sino que se han desvanecido de modo que la tensión permanente se da entre la eficacia de la administración en las competencias que se le confían en un sector, y la garantía de la seguridad jurídica y el debido proceso en materia sancionadora. Afirma el precitado autor: “al paso que se multiplica el número de leyes, se reducen y volatilizan sus contenidos, aumentan los vacíos legales, se hace común la descarga de decisiones clave en instancias administrativas y proliferan las críticas por la fragmentación, inestabilidad y defectuosa calidad de la legislación”⁹⁰.

Recapitulando, las categorías de normas de remisión y las normas en blanco hacen referencia a una ley incompleta por su contenido, o a una ley que en cuanto a su función encomienda al reglamento la tarea de complementarla señalándole cómo⁹¹. A su turno, una ley en blanco en el derecho administrativo sancionador posee una regulación sustantiva de la materia, que deliberadamente no pretende ser exhaustiva, así como la determinación de unas instrucciones, criterios o bases que sin llegar a suponer una regulación sustantiva, resultan lo suficientemente expresivas para que pueda luego desarrollarse la normativa.

Es oportuno indicar que se permite una norma en blanco, más no una remisión en blanco de modo que no se cumple con el principio de reserva legal si se da paso a una regulación reglamentaria sin dar precisión alguna, tal y como lo concluye Nieto: “una habilitación en blanco equivale a una falta

⁹⁰ *Ibíd.*, p. 151

⁹¹ NIETO, Óp. Cit., p. 266

de habilitación”⁹². Entre tanto, Sánchez Morón indica que una habilitación en blanco connota un otorgamiento de facultades normativas a favor de la administración pública para que regule punitivamente una materia en concreto pero sin fijarle los parámetros mínimos que deberán ser observados en la elaboración del reglamento⁹³. En consecuencia, una habilitación en blanco vulnera la exigencia de reserva legal visto que la potestad reglamentaria que puede acometer la administración pública está supeditada a la predeterminación de sus criterios mínimos en la ley. En ese orden, debe diferenciarse el legítimo objetivo de que a través de la colaboración reglamentaria se llegue a un grado de *lex certa*, pero dentro de los parámetros fijados en la ley, y no a que simplemente sea la autoridad administrativa quien entre a definir libremente el ilícito administrativo y su sanción; ello constituiría como tal una facultad legislativa de la que carecen las autoridades administrativas.

La finalidad de la colaboración reglamentaria es entonces que en efecto exista esa colaboración, es decir que el reglamento sume algo útil y jurídicamente justificado en pro de la satisfacción de un interés jurídico, como lo son precisamente las garantías de seguridad jurídica y con ello, de *lex certa*. En ese orden, la colaboración reglamentaria es válida y legítima cuando se orienta a delimitar con mayor precisión el ilícito administrativo sin violar los límites trazados en la ley. Un rol fundamental de la remisión, y con ello de la colaboración reglamentaria, es el rol integrador en el ejercicio del *ius puniendi*.

⁹² Loc. Cit.

⁹³ SÁNCHEZ MORÓN, Óp. Cit., p. 199

En igual sentido se encuentra el autor Trayter Jiménez⁹⁴ para quien las normas de remisión tienen como característica sustancial que su aplicación depende de la existencia de otras normas jurídicas que las determinen. Esa técnica, resulta admisible como se ha indicado, sin embargo ella debe ser sometida a criterios restringidos, y tal y como destaca Miriam Cueto Pérez, la remisión debe ser expresa en la ley y en ella debe establecerse: “el núcleo esencial de la prohibición y una definición básica de la conducta prohibida en la ley, y se satisfaga la exigencia de certeza, sin que dé lugar a una remisión indiscriminada y en blanco”.⁹⁵

Conforme con lo que ha sido expuesto, lo característico de una norma remitente se basa en que renuncia a efectuar ella misma toda la regulación, de modo que llama a otra norma a que la complete; y ambas, la norma remitente y la norma remitida, integran un solo bloque normativo. Esa renuncia de la ley es parcial puesto que, como se ha advertido, no puede prescindir de estipular una regulación material mínima⁹⁶ y aunque normalmente la norma remitida es un reglamento, también sucede que la remisión sea de ley a ley. Frente a lo anterior, apunta Santaella Quintero que con la descarga de contenidos normativos en el reglamento se alega perseguir una mayor adaptabilidad a los cambios con la legitimidad técnica que proporciona, al menos formalmente, la experticia de las autoridades administrativas en su correspondiente sector⁹⁷. De esa forma, la remisión a dispositivos reglamentarios se explica en buena medida por el componente

⁹⁴ TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel. Manual de derecho disciplinario de los funcionarios públicos. Madrid: Marcial Pons, 1992 p. 164

⁹⁵ CUETO PÉREZ, Miriam. Los principios de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Tipicidad y responsabilidad. Documentación Administrativa, Número 280-281, p. 104 <https://revistasonline.inap.es/index.php/DA/article/view/9603>

⁹⁶ NIETO, Óp. Cit., p. 276

⁹⁷ SANTAELLA, Óp. Cit., p. 172

técnico o la mutabilidad de un campo que pasa a ser de dominio de la Administración Pública.

Ahora bien, esa remisión a dispositivos reglamentarios no está exenta de dificultades, dentro de las cuales se encuentran los problemas de vaguedad y de indeterminación que impiden, dada la multiplicidad de casos que pueden darse en la vida cotidiana, conocer con certeza si una conducta se subsume dentro de los supuestos de hecho que se exigen para el desenvolvimiento de la potestad sancionadora de la administración⁹⁸. También se tiene que en algunos casos el lenguaje se queda corto, y de ese modo casos que deberían ser objeto de sanción no se ven absorbidos totalmente por la descripción exegética de la infracción.

Además de las anteriores dificultades, la expresión textual de las infracciones y sanciones administrativas está sujeta a un ejercicio interpretativo para su valoración y aplicación. De ese modo, Nieto destaca por ejemplo que la tipificación contribuye a atenuar la discrecionalidad en el desenvolvimiento de la potestad sancionadora, sin embargo no elimina totalmente la posibilidad de que se use como una cobertura para arbitrariedad⁹⁹.

También se encuentra la cuestión de enfrentarse al proceso de profunda especialización del derecho administrativo y su dispersa atomización normativa. Por ello, aun cuando se cumpla con la exigencia de existir un texto que consagre la descripción del comportamiento que se reprocha y su sanción, hoy no es tarea sencilla estar total y absolutamente actualizado de la totalidad de normas sancionadoras que forman parte del derecho

⁹⁸ NIETO, Óp. Cit., p. 305 y siguientes

⁹⁹ *Ibíd.*, p. 30

administrativo¹⁰⁰. De esa manera, el fin esencial que presume una norma punitiva, esto es predeterminar el comportamiento de las personas, queda en entre dicho por sustracción de materia. Resulta necesario que las infracciones tengan una posibilidad real de ser cumplidas por los destinatarios, que tengan esa capacidad de determinar su comportamiento, y por tanto, que a la sanción se llegue cuando siendo clara la prohibición se incurra en ella sin que sea excusable su ignorancia.

Finalmente, se destaca lo que apunta Nieto¹⁰¹ cuando indica que otra dificultad que obstaculiza el logro de la finalidad de la potestad sancionadora de la administración consiste en que precisamente una gran cantidad de tipos de infracciones, en ocasiones no se ve acompañada de una adecuada capacidad institucional para vigilarlos todos. En ese orden de ideas, la administración termina persiguiendo a algunos administrados mientras que deja impunes a otros. Las infracciones y sanciones deben ser acordes con la capacidad de vigilancia y control que tiene el Estado, ello coadyuva a proporcionar una garantía de igualdad en el ejercicio de la facultad sancionadora.

Se concluye entonces que la exigencia formal de la habilitación no resuelve por sí sola los problemas que en cuanto a su estructura lingüística enfrenta la reglamentación de ilícitos y sanciones, dada precisamente esa condición de lenguaje. Como se ha dicho, se afirma que una de las finalidades de la colaboración reglamentaria es materializar la garantía de *lex certa*, pero así mismo, se debe advertir que esa remisión no está exenta de problemas los cuales terminan de quedar en evidencia, y de sintetizarse con la insuficiencia de tipificación y la imperfección de la remisión reglamentaria.

¹⁰⁰ *Ibíd.*, p. 29

¹⁰¹ *Loc. Cit.*

La insuficiencia tiene lugar cuando aún con la colaboración reglamentaria, no es posible predecir con suficiente certeza el comportamiento que se constituye como ilícito, o cuál es su sanción, o incluso ambos¹⁰². Entonces, ya sea porque no se cumpla la exigencia de certidumbre en la tipificación del ilícito o de su sanción, el caso es que la norma no cumple con la anotada finalidad preventiva de lograr una predeterminación del comportamiento del individuo. A su turno, el defecto de la imperfección de la remisión reglamentaria tiene lugar cuando la ley no cumple con la exigencia de determinar los supuestos mínimos en que debe darse la colaboración reglamentaria, o bien porque el Ejecutivo al momento de completar la tipificación no lo hace adecuadamente.

Por antonomasia, se tiene que existirá una tipificación suficiente cuando la norma hace posible una predeterminación inteligible de la infracción, como de la sanción, y de la correlación entre una y otra¹⁰³ de modo que se puede afirmar que están dadas las condiciones potenciales para el logro de esa finalidad preventiva que se imputa a la potestad sancionadora de la administración. Sin embargo, como se ha advertido, ya sea que de la tipificación se encargue el legislador o que en ella colabore el ejecutivo, al ser ella una expresión lingüística no escapa de las dificultades que el lenguaje por sí mismo genera.

C. DISTINCIÓN ENTRE PRINCIPIOS Y REGLAS DEL DERECHO

Conforme con lo que ha sido expuesto, es necesario ahondar brevemente sobre la estructura que poseen los principios jurídicos y las particularidades que los distinguen de las reglas de derecho. En desarrollo de los capítulos

¹⁰² *Ibíd.*, p. 305

¹⁰³ *Loc. Cit.*

anteriores se refirió la existencia del principio de legalidad en el ejercicio del *ius puniendi*, y dentro de dicho género, se profundizó en el derecho administrativo sancionador.

Ahora bien, la justificación de tratar la naturaleza de los principios no solo deviene de la consideración que se ha hecho del precitado principio de legalidad. Como será materia de estudio en la segunda parte del presente documento, existen ilícitos administrativos que tipifican como infracción el desconocimiento a ciertos principios que rigen la propia actividad de la Administración Pública, como es el caso de los principios de la contratación estatal. En ese orden, resulta necesario efectuar un análisis de las notas constitutivas de los principios en el derecho, ya no solo con el propósito de considerar la lógica de garantía que reviste el principio de legalidad, sino también la lógica según la cual el propio desconocimiento de un principio puede constituir el tipo administrativo que se sanciona.

Con ese trazo, en el presente acápite temático se indaga brevemente por la naturaleza conceptual de los principios del derecho y los rasgos que los distinguen de las reglas jurídicas. A su turno, el análisis a profundidad de las tensiones que plantea la tipificación administrativa del desconocimiento de principios que rigen el actuar de funcionarios públicos se desarrollará en la Parte Dos, naturalmente teniendo como insumo el presente aparte temático.

La obra “Teoría de los Derechos Fundamentales” de Robert Alexy es probablemente el texto más importante del derecho contemporáneo que aborda la consideración de la naturaleza de los principios jurídicos y sus diferencias respecto a las reglas. En dicha obra, Alexy indica que la distinción entre principios y reglas es una cuestión sin la cual no es posible sustentar

una dogmática de los derechos a “protección, organización y procedimiento y a prestaciones en sentido estricto”.¹⁰⁴

Tanto los principios como las reglas tienen en común que ambos son normas por cuanto expresan un enunciado de deber ser¹⁰⁵. De esa forma, se identifican en que sus expresiones lingüísticas son de carácter deontológico y por tanto, mandan, prohíben y ordenan. De esa forma, la distinción entre principios y reglas es de tipo.

Alexy destaca que dentro de los criterios comúnmente difundidos sobre las diferencias entre principios y reglas se encuentra el grado de generalidad. A partir de ello, se asume que un principio es una norma que tiene un alto grado de generalidad mientras que el de las reglas es un grado bajo. Igualmente, dentro de la distinción se han ofrecido como criterios: “la determinabilidad de los casos de aplicación (...) la distinción entre normas creadas y desarrolladas (...) el carácter explícito del contenido valorativo, la referencia a la idea del derecho o a una ley jurídica suprema y la importancia para el ordenamiento jurídico”¹⁰⁶. Igualmente son criterios comunes: “que sean fundamentos de reglas o reglas ellos mismos o según se trate de normas de argumentación o de comportamiento”¹⁰⁷.

Los anteriores criterios dan lugar a tres tesis:

¹⁰⁴ ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 81

¹⁰⁵ *Ibíd.*, p. 83

¹⁰⁶ *Ibíd.*, p. 84

¹⁰⁷ *Ibíd.*, pp. 84 y 85

La primera predica que todo intento de dividir las normas en dos clases es vano. En ese orden, no existe una distinción entre principios y reglas como clases de normas.

La segunda tesis refiere que la distinción solamente es de grado, de modo que el criterio de generalidad es el que determina que una norma sea un principio o una regla.

La tercera tesis, y que para Alexy es la correcta, refiere no solamente en que los principios y reglas exista una diferencia de grado sino que ante todo la distinción es de carácter cualitativo.¹⁰⁸

De esa manera, un principio es una norma que ordena una realización en la mayor medida que ello sea posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y reales existentes.¹⁰⁹ Por ello, los principios son mandatos de optimización que tienen como rasgo definitorio característico que pueden ser cumplidos en diferente grado, y ese grado, como se ha indicado, lo determinan las condiciones jurídicas y reales existentes.

Por su parte, las reglas son normas cuyo cumplimiento no admite grado sino que se cumplen o no se cumplen. Por tanto, debe hacerse exactamente lo que una regla exige: no más, no menos. Por ese rasgo de las reglas, Alexy concluye que son determinaciones fácticas y jurídicas y que una norma o es una regla o es un principio.

Frente a ese aspecto, se destaca que la propiedad de ser cumplida una norma no es exclusiva de las reglas. De ese modo, es posible que frente a un

¹⁰⁸ *Ibíd.*, p. 86

¹⁰⁹ *Loc. Cit.*

principio se prescriba una orden de realización y se establezcan parámetros que permitan determinar cuál será el grado en que un principio debe ser cumplido, o bien establecer un rango para ello. Alexy considera que se pueden presentar dudas en la evaluación de un caso particular, más esa dificultad no ocurre únicamente en el caso de los principios sino en la aplicación de toda norma. Se resalta que lo determinante es saber si se ha satisfecho el grado ordenado por la prescripción¹¹⁰.

Con base en lo anterior, según lo cual para dar por incumplido un principio debe existir una prescripción que establezca el grado que frente a él se exige, es posible concluir para los efectos del presente trabajo que la posibilidad de alegar como incumplido un principio exige la existencia de una regla que establezca esa prescripción (del grado que se exige) sin perjuicio de la matización que se reconoce en el derecho administrativo sancionador. En otras palabras, para que pueda darse como incumplido un principio en el derecho administrativo, debe estar presente una regla que establezca de manera previa (*lex previa*), de manera clara (*lex certa*), y dentro de un texto legal (mandato de tipificación) el grado que se exigía del cumplimiento del principio que se alega como incumplido.

Con base en la argumentos anteriores sobre la estructura de los principios, es oportuno señalar que a lo largo de los capítulos que anteceden en el presente trabajo académico se han desarrollado las notas definitorias del principio de legalidad y las tensiones particulares que comporta en el ámbito del derecho administrativo sancionador, donde no solamente se encuentran involucradas las garantías del administrado sino también la satisfacción del

¹¹⁰ *Ibíd.*, p. 87

interés general que se persigue a través del ejercicio de las competencias de la administración pública.

En consecuencia, cuando la infracción administrativa que se alega incurrida es el desconocimiento de un principio (ej. de la función administrativa o de la contratación estatal) la tensión directa es frente a otra norma que posee la misma estructura formal como mandato de optimización: el principio de legalidad en la potestad sancionadora de la administración.

Con base en el contexto anterior, debe agregarse que tratándose de la “colisión de principios”¹¹¹ Alexy señala que necesariamente un principio debe ceder frente al otro, sin embargo ello no significa que se elimina uno para aplicar el otro, como sucede en el caso de los conflictos entre reglas. La forma como un principio cede frente a otro se hace con referencia a la ponderación del peso que tienen en el caso en concreto.

Conforme con lo expuesto, el principio de legalidad, al ser un mandato de optimización, debe ser realizado en la medida que resulte posible de acuerdo con las especificidades propias del derecho administrativo sancionador y en orden a satisfacer el núcleo esencial de los derechos fundamentales. En otras palabras, es ese núcleo de las garantías fundamentales el que determina la intensidad del principio de legalidad en una infracción concreta; y a su turno, el principio del derecho que constituye el tipo administrativo cuyo desconocimiento se reprocha, tendrá mayor o menor peso a la hora de determinar si da lugar a la imposición de sanción, en la medida que ese principio materialice, a su turno, el referido principio de legalidad de acuerdo con el núcleo esencial a que se ha hecho referencia.

¹¹¹ Ibíd., p. 89

Se trata de una tensión directamente proporcional: el principio que sustenta el ilícito, determinará más o menos la aplicación de la sanción, de la misma manera en que ese principio materialice el principio de legalidad. Sobre este punto, es oportuno traer a colación nuevamente a Santaella Quintero, quien afirma sobre las particularidades del principio de legalidad en el derecho administrativo sancionador, que: “la ley puede cumplir su responsabilidad de tipificación de las faltas y castigos con especial economía de lenguaje, sin tener que incorporar expresamente la totalidad de los elementos del tipo (sujetos, conducta, objeto, e ingredientes especiales en el enunciado sancionador) siempre que ello no afecte la certeza respecto de cuáles son las conductas perseguidas.”¹¹²

Por lo anterior, so pretexto de alegar el interés general que se protege a través de un principio, como los de la función pública o los principios de la contratación estatal, no es admisible aplicar sanciones bajo un espectro de indeterminación o desamparo legal de la conducta que se reprocha; el núcleo esencial de los derechos fundamentales del encartado demanda la razonable preexistencia legal, típica, clara y cierta del comportamiento que se persigue.

Si esa preexistencia no está dada, no es posible afirmar que el derecho administrativo sancionador cumpla con la finalidad preventiva que lo caracteriza en su papel de predeterminador del comportamiento de los administrados.

II. PARTICULARIDADES DEL PRINCIPIO DE TIPICIDAD EN MATERIA DISCIPLINARIA

¹¹² SANTAELLA, Óp. Cit., p. 165

El derecho disciplinario en cuanto que es una rama enderezada a regular el comportamiento del personal del Estado, establece sus deberes, obligaciones, faltas, sanciones y los procedimientos para aplicarlas¹¹³. En ese orden, el derecho disciplinario se propone dentro de sus fines, el juzgar el comportamiento de los funcionarios con miras a proteger los principios y fines de la Administración Pública¹¹⁴.

Es en esa dirección que la acción disciplinaria surge de la relación de subordinación que se predica entre el funcionario público y el Estado y se hace operativa a consecuencia del incumplimiento de un deber, de una prohibición, de la extralimitación u omisión de funciones, o bien de la violación del régimen de inhabilidades e incompatibilidades. Sin embargo, ese ejercicio de la potestad disciplinaria, tal y como ocurre con las demás expresiones del *ius Puniendi* del Estado, se encuentra limitada por el núcleo esencial de los derechos fundamentales de la persona, lo que incluye el rol como funcionario público.

Como ya se ha advertido en el presente documento, uno de esos derechos fundamentales es el derecho al debido proceso y sus garantías, las cuales persiguen, entre otros efectos, que las etapas de investigación y juicio estén desprovistas de arbitrariedad¹¹⁵. Sobre las garantías que integran el derecho al debido proceso en materia disciplinaria, la Corte Constitucional¹¹⁶ ha

¹¹³ Corte Constitucional, Sentencia C-181 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

¹¹⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-244 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz

¹¹⁵ Corte Constitucional, Sentencia T-319ª de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

¹¹⁶ Corte Constitucional, Sentencias C-310 de 1997 M.P. Carlos Gaviria Díaz, C-555 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-181 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-982 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, C-124 de 2003 M.P. Jaime Araujo Rentería, C-328 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, C-818 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil, T-1102 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería, C-340 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño Sentencia T-1034 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto, T-330 de

trazado, entre otras, las siguientes: 1. El principio de legalidad de la falta y de la sanción disciplinaria, 2. El principio de publicidad, 3. El derecho de defensa, el derecho de contradicción y de controversia de la prueba, 4. El principio de la doble instancia, 5. La presunción de inocencia, 6. El principio de imparcialidad, 7. El principio de *non bis in ídem*, 8. El principio de cosa juzgada y 9. La prohibición de la *reformatio in pejus*.

Con base en las garantías fundamentales anteriores, y de cara a la matización que caracteriza al principio de legalidad en el derecho administrativo sancionador, en el presente capítulo se consideran las particularidades que comporta el principio de tipicidad en materia disciplinaria.

Con tal propósito, se propone el análisis de los siguientes ejes temáticos: b.1. De la irretroactividad de las normas y su excepción por el principio de favorabilidad, b.2. De la necesidad de ofrecer seguridad jurídica al destinatario de la norma disciplinaria, b.3. El traslado al operador jurídico para precisar la falta disciplinaria: a propósito de la técnica *numerus apertus*, y b.4. De la interacción constante entre la ley y otras fuentes jurídicas, incluso cláusulas contractuales.

A. DE LA IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS Y SU EXCEPCIÓN POR EL PRINCIPIO DE FAVORABILIDAD

El principio de favorabilidad hace parte de las garantías del derecho al debido proceso en materia disciplinaria¹¹⁷ y se encuentra reconocido en el artículo

2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño, C-692 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa, entre otras.

¹¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia T-212 de 2016 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

14 de la Ley 734 de 2002 y en el nuevo Código General Disciplinario, Ley 1952 de 2019, se encuentra en su artículo 8 y señala expresamente que aplica tanto para normas sustanciales como procesales de efectos sustanciales:

“ARTÍCULO 8. Favorabilidad. En materia disciplinaria la ley permisiva o favorable, sustancial o procesal de efectos sustanciales, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable. Este principio rige también para quien esté cumpliendo la sanción, salvo lo dispuesto en la Constitución Política.”

El principio de favorabilidad constituye un límite a la potestad disciplinaria de modo que es necesario analizar en ese contexto, la naturaleza de dicho principio, su alcance, las formas cómo se expresa, y naturalmente, su relación con el paradigma primario y esencial de la irretroactividad de las normas jurídicas.

Comenzando con el postulado general de la irretroactividad, la Corte Constitucional ha señalado que se trata de una garantía de seguridad jurídica que proporciona estabilidad a aquellas situaciones que se consolidaron en vigencia de una normatividad anterior¹¹⁸. Con base en ello, la irretroactividad está relacionada con el fenómeno de la aplicación de la ley en el tiempo¹¹⁹, materia sobre la cual ya se había pronunciado la Corte Suprema de Justicia mediante Sentencia de 24 de mayo de 1976 de la Sala de Casación Civil:

¹¹⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa.

¹¹⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-478 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero

“El principio general que informa nuestra legislación positiva es el que las leyes han de tener efecto de aplicación para lo porvenir y no para el pasado, a menos que el legislador diga expresamente lo contrario, lo que equivale a decir que ellas en principio no tienen efecto retroactivo, esto es, que las situaciones jurídicas alcanzadas durante el periodo de vigencia de determinado precepto no pueden ser vulneradas por una nueva disposición. La irretroactividad de la ley encuentra su fundamento esencialmente en serios motivos de conveniencia seguridad, que tienden a dar estabilidad al orden jurídico”.

A su turno, la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-200 de 2002 con ponencia del Magistrado Álvaro Tafur Galvis, reiteró el criterio ya desarrollado por la Corte Suprema, indicando que la reglamentación específica de la aplicación de las leyes en el tiempo se encuentra en la Ley 153 de 1887, y que de acuerdo con dicha norma, la regla general es que las leyes rigen hacia el futuro pero se reconoce que pueden tener efecto sobre situaciones jurídicas en curso que por lo mismo no han quedado consolidadas, o bien que no han constituido derechos adquiridos. De conformidad con lo expuesto, la regla general es que toda norma rige hacia el futuro y que aplica a los supuestos de hecho que suceden a partir del momento en que es promulgada¹²⁰.

Por lo expuesto, aplicar una norma con efectos retroactivos a situaciones que quedaron consolidadas mientras estuvo vigente la norma anterior, puede significar una vulneración de los artículos 58 y 83 de la Constitución Política

¹²⁰ Corte Constitucional, Sentencia T-152 de 2009 M.P. Cristina Pardo Schlesinger

que refieren la protección de los derechos adquiridos así como la existencia de los principios de buena fe y confianza legítima¹²¹.

Ahora bien, el paradigma general de irretroactividad de la ley se matiza en el ejercicio del *ius puniendi* con el principio de favorabilidad, ejercicio dentro del cual se encuentra la potestad disciplinaria. De esa forma, la Corte Constitucional¹²² ha establecido que la favorabilidad es una regla de excepción tanto a la vigencia de las leyes en el tiempo, como al fenómeno de la cosa juzgada penal, como a la firmeza del acto administrativo sancionador. Los aspectos anteriores, han sido objeto de frecuente análisis en las sentencias tanto de revisión de tutelas como de constitucionalidad, relacionadas con el ejercicio de la potestad disciplinaria del Estado.

De esa manera, se tiene que el principio de favorabilidad y el principio de irretroactividad de la ley se relacionan de manera directa en materia sancionatoria por lo que no existe diferencia en su grado de aplicación entre el derecho penal y el derecho administrativo¹²³, dentro del que se encuentra el derecho disciplinario. Ambos principios integran una garantía propia del derecho fundamental al debido proceso pues una persona solo puede ser juzgada con arreglo a leyes preexistentes al hecho que se le imputa, y no se le pueden imponer sanciones que fueron establecidas con posterioridad a los hechos, salvo que sean más favorables para el investigado¹²⁴.

¹²¹ Corte Constitucional, Sentencias C-529 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández, C-181 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra y T-617 de 16 de agosto de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa.

¹²² Corte Constitucional, Sentencia T-152 de 2009 M.P. Cristina Pardo Schlesinger

¹²³ Corte Constitucional, Sentencias T-438 de 1992, T-438 de 1994, T-037 de 1995, T-233 de 1995, SU-637 de 21 de noviembre de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes, T-655 de 2002, T-465 de 1998, C-391 de 2002, C-343 de 2006. T-152 de 2009 M.P. Cristina Pardo Schlesinger

¹²⁴ Corte Constitucional, Sentencia T- 233 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

De acuerdo con la Corte Constitucional¹²⁵, la irretroactividad implica una prohibición simultánea en dos sentidos: en primer lugar, que el legislador no puede disponer que nuevos tipos o nuevas sanciones tengan efecto sobre situaciones anteriores a la vigencia de las nuevas normas, y en segundo lugar, que el juzgador solo puede retrotraer los efectos de normas posteriores en cumplimiento del principio de favorabilidad. Sobre lo anterior, también destaca la Corte que la irretroactividad se predica tanto de las conductas sancionables como de las sanciones que pueden ser impuestas.

También se tiene que en el derecho disciplinario, la aplicación del principio de favorabilidad es obligatoria de modo que la actuación no se puede limitar a establecer la responsabilidad del inculpatado bajo la ley vigente, sino que debe estudiarse si le resulta aplicable una norma por favorabilidad¹²⁶. No hacerlo constituye una violación al derecho al debido proceso¹²⁷.

De acuerdo con la Corte, la favorabilidad es un principio orientador, no para la interpretación de la ley, sino para la escogencia de la ley aplicable al caso en concreto cuando hay sucesión de leyes en el tiempo.¹²⁸ Este criterio coincide con el plasmado por parte de la Corte Suprema de Justicia mediante Sentencia de 3 de septiembre de 2001 de su Sala de Casación Penal:

“(...) la favorabilidad es un problema que ocupa al funcionario judicial en el momento de aplicar la ley, desde luego siempre de cara a una vigencia sucesiva de normas. Es decir, como no es un problema de producción legislativa (legislador) sino de aplicación de la ley (funcionario judicial), debe atenderse al máximo al caso

¹²⁵ Corte Constitucional, Sentencia T- 233 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

¹²⁶ Corte Constitucional, Sentencia T- 233 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

¹²⁷ Corte Constitucional, Sentencias T-1343 de 2001, C-481 de 1998 y T-319ª de 2012

¹²⁸ Corte Constitucional, Sentencia T-152 de 2009 M.P. Cristina Pardo Schlesinger

concreto o a la práctica y un poco menos al acervo teórico, con más veras si el propósito legislativo ha sido el de bueno se ponga cortapisa a la aplicación de la ley benigna o favorable así definida”.

Frente al alcance que tiene el principio de favorabilidad en materia disciplinaria, se ha indicado que aplica aunque la norma permisiva sea posterior a la imposición de la sanción. De ese modo, el principio de favorabilidad tiene aplicación en el transcurso del proceso disciplinario, como en la sanción y su cumplimiento¹²⁹. A través de la Sentencia C-619 de 14 de junio de 2001¹³⁰ la Corte indicó que si una situación ha quedado definitivamente consolidada bajo la vigencia de una norma antigua, naturalmente no existe un conflicto de leyes como tampoco tiene lugar cuando los hechos se generan en vigencia de una ley nueva.

De conformidad con lo anterior, varios pronunciamientos de la Corte Constitucional¹³¹ han reiterado que la favorabilidad, de conformidad con los artículos 14 y 21 de la Ley 734 de 2002, aplica en los procedimientos sancionatorios disciplinarios aun cuando el acto administrativo se encuentre ejecutoriado en el momento en que entra en vigencia la nueva ley, pues prevalecen los derechos fundamentales del disciplinado. De esa manera, una ley posterior tiene efecto retroactivo si es más favorable.

En el derecho administrativo sancionador, y con ello en el derecho disciplinario, la favorabilidad se aplica en concordancia con el fenómeno de

¹²⁹ Corte Constitucional, Sentencias T-438 de 1994 M.P. Carlos Gaviria Díaz, T-233 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-625 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, T-1102 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería, T-1034 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto y T-212 de 2016 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo.

¹³⁰ Corte Constitucional, M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

¹³¹ Corte Constitucional, T-1343 de 2001, C-181 de 12 de marzo de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra T-152 de 2009 M.P. Cristina Pardo Schlesinger

la pérdida de fuerza ejecutoria del acto administrativo en la medida que la nueva ley haga desaparecer los fundamentos normativos que fundamentaron la expedición de ese acto sancionatorio¹³². En ese escenario, puede ocurrir que en aplicación del principio de favorabilidad tenga lugar el decaimiento del acto administrativo de sanción¹³³. La situación anterior, aclara la Corte, no afecta la validez que tuvo el acto administrativo sancionador durante todo el tiempo en que estuvo vigente hasta que ocurrió su decaimiento a consecuencia de una norma que eliminó la infracción.

Ahora bien, resulta también posible que una ley vigente al momento en que ocurrieron los hechos, continua surtiendo efectos pese a haber sido derogada posteriormente por una norma que impone sanciones con mayor severidad. Ese fenómeno se denomina como *ultractividad*, y consiste en que permanecen los efectos de la ley más benéfica aunque haya sido derogada por una norma más gravosa, esa situación responde al artículo 58 de la Constitución Política de modo que se protege al ciudadano frente a la expedición de normas que posteriori modifican el contenido de sus derechos subjetivos o la calificación de las conductas jurídicamente reprochables en que haya incurrido¹³⁴. En la sentencia C-619 de 2001 se indica que esa aplicación *ultraactiva* se desprende de la cláusula general de competencia del legislador para mantener la legislación, modificarla o subrogarla, actividades todas que encuentran como límite el derecho fundamental al debido proceso.

Sobre el aspecto anterior, la Corte Constitucional igualmente ha destacado que no tiene incidencia que la norma más favorable sea derogada antes de

¹³² Art. 91 Ley 1437 de 2011

¹³³ Corte Constitucional, Sentencia T-212 de 2016 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

¹³⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-181 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

ser aplicada al caso en concreto¹³⁵. Por lo tanto, basta que frente a una situación disciplinaria haya sido expedida posteriormente una norma más benigna para que proceda su aplicación por favorabilidad, aun cuando para el momento de esa aplicación la disposición ya se encuentre derogada. Evidentemente no resulta procedente que se llegue a pretender que normas que se encuentran derogadas, se apliquen a hechos posteriores a esa derogatoria bajo el pretexto de que resultan más favorables.

Finalmente, es oportuno señalar que tratándose de normas procesales, ellas en sí mismas no constituyen derechos adquiridos sino formas para reclamar aquellos¹³⁶. De esa manera, el principio de irretroactividad de la ley se invierte en materia procesal siendo su regla general que la aplicación de la ley procesal es inmediata, de modo que rige frente a procedimientos que se hayan iniciado en vigencia de la ley anterior. Sin embargo, las diligencias, términos y actuaciones que hayan comenzado a correr o ejecutarse se conservan bajo la vigencia de la norma anterior.

Ahora bien, la Corte Constitucional ha indicado que el principio de favorabilidad aplica frente a normas sustanciales y procesales¹³⁷. De allí, resalta que todo proceso es una concatenación de actos cuyo objetivo final es la definición de una situación jurídica, ya sea mediante una sentencia o mediante un acto administrativo; y como los actos procesales responden a esa finalidad preparatoria, no deben ser confundidos con su finalidad que precisamente consiste en arribar a la consolidación de una situación jurídica

¹³⁵ Corte Constitucional, Sentencias C-329 de 2001 y T-319A de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

¹³⁶ Corte Constitucional, Sentencia C-619 de 2001 y Sentencia C-200 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis

¹³⁷ Corte Constitucional, Sentencias T-625 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo, C-328 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda, C-592 de 2005 M.P. Álvaro Tafur Galvis y T-319A de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

mediante una decisión en firme¹³⁸. Por ese carácter, las normas procesales entran a aplicarse frente a los procesos en curso, eso sí, respetando los actos procesales ya cumplidos.

Como es posible que dentro de las normas que regulan esos procedimientos se encuentren disposiciones cuyo objeto es el reconocimiento, modificación o extinción de derechos subjetivos de las partes se tiene que, pese a ser parte de una norma procedimental, su contenido es sustancial. Allí se deben respetar las situaciones jurídicas consolidadas aunque las normas aparezcan en estatutos procesales.

En ese orden, puede concluirse de acuerdo con el planteamiento de la Corte Constitucional, que el principio de favorabilidad en realidad siempre termina por aplicar frente a normas sustanciales aun cuando éstas lleguen a estar contenidas en disposiciones procesales o estatutos de la misma naturaleza. En ese orden de ideas, es claro que no se trata simplemente que el principio de favorabilidad aplique sin más a normas procesales.

La regla general sigue siendo que las disposiciones procesales, al ser formas para reclamar derechos subjetivos y consolidar situaciones jurídicas, son de aplicación inmediata y ello incluye procesos y procedimientos en curso que precisamente al no haber concluido, aun no logran consolidar situaciones jurídicas. La excepción, es que si la norma procesal tiene un contenido que va más allá de ese carácter adjetivo, y entra a cambiar derechos de las partes del proceso o de la actuación, allí sí tiene lugar el principio de favorabilidad. Lo que ha sido expuesto, se sintetiza en los siguientes cuatro puntos, y aplican también en el derecho disciplinario:

¹³⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-200 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis.

1. Las leyes por regla general rigen hacia el futuro y respecto de situaciones jurídicas que ocurran con posterioridad a su vigencia.
2. Las situaciones jurídicas consolidadas al entrar una nueva ley, se rigen por la ley antigua.
3. Frente a situaciones que se encuentran en curso de ser definidas, y por lo mismo que no se encuentran consolidadas, la ley es de aplicación inmediata. Si la ley nueva aplica a situaciones no consolidadas no se desconoce ningún derecho adquirido.
4. Es posible que dentro de las normas que regulan los procedimientos se encuentren disposiciones cuyo objeto es el reconocimiento, modificación o extinción de derechos subjetivos de las partes, de modo que pese a ser parte de una norma procedimental, su contenido es sustancial. En esa situación es que se afirma que el principio de favorabilidad aplica frente a normas procesales.

La posibilidad de modificar las normas procesales, y con ello de generar el fenómeno de sucesión en el tiempo de leyes adjetivas, también responde a la potestad de configuración normativa del legislador¹³⁹ y la discrecionalidad que posee para modificar, derogar y subrogar esas leyes procesales a fin de adaptarlas, al menos formalmente, a las nuevas necesidades sociales frente al acceso a la administración de justicia.

En todo caso, y como se concluye, la potestad de decidir la entrada de nuevas normas procesales encuentra como límites el respeto de los derechos adquiridos (artículo 58 C.P.) y el principio de favorabilidad (artículo 29 CP).

¹³⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-692 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa.

Con base en ello, en síntesis, es posible aplicar una norma distinta a la que en principio ha sido prevista por el legislador siempre que sea más favorable al investigado disciplinariamente.

B. DE LA NECESIDAD DE OFRECER SEGURIDAD JURÍDICA AL DESTINATARIO DE LA NORMA DISCIPLINARIA

De acuerdo con lo que ha sido expuesto en los capítulos precedentes, es visible cómo la seguridad jurídica en muy buena medida se desprende del principio de legalidad, a través de la vertiente formal y material que lo componen¹⁴⁰ sin perjuicio de las consideraciones que en precedencia se efectuaron sobre el principio de favorabilidad. En ese orden, la reserva legal y el mandato de tipificación son los factores sustanciales que mitigan el riesgo que la decisión disciplinaria sea, simple y llanamente, el arbitrario y subjetivo parecer del fallador¹⁴¹.

Tratándose de la reserva legal es claro que su incidencia en la seguridad jurídica está dada en la exigencia que en una previsión legal, de forma previa y escrita¹⁴², se indique qué es lo que constituye el tipo disciplinario y cuál es la sanción a que se hace merecedor quien incurre en la falta. Por tanto, se sigue que ese rasgo de *lex previa*¹⁴³ impide que se vengán a crear normas posteriores que tipifiquen y castiguen hechos anteriores.

Con base en ello, el mandato de preexistencia normativa es la primera garantía de seguridad jurídica para el destinatario de la norma disciplinaria, y a la cual se añade la exigencia que la tipificación sancionatoria esté prevista

¹⁴⁰ NIETO, Óp. Cit., p. 219

¹⁴¹ SANTAELLA, Óp. Cit., p. 183

¹⁴² NIETO, Óp. Cit., p. 217

¹⁴³ *Ibíd.*, p. 202

en la ley, ya sea porqué ésta lo haga directamente o porque ocupándose de la definición de los elementos esenciales, para los restantes acuda a la modalidad de la colaboración reglamentaria¹⁴⁴.

De ese modo, no solo se satisface el imaginario democrático según el cual son los mismos ciudadanos los que a través de sus representantes se imponen así mismos sus prohibiciones y sanciones¹⁴⁵, sino que también la seguridad jurídica se refuerza cuando es preciso que el régimen disciplinario se derive de la ley como fuente formal del derecho. Si es la ley donde de forma inmediata o mediata debe reposar la conducta que se reprocha y su correspondiente sanción, es lógico concluir que, ni la conducta ni la sanción, deben ser el resultado caprichoso y subjetivo del operador disciplinario.

De conformidad con lo anterior, se concluye que la reserva legal coadyuva a que la actividad sancionadora del Estado no sea el resultado discrecional del juzgador disciplinario, sino un ejercicio del *ius puniendi* que se deriva de lo previsto en una norma legal, que en cuanto previa, no es sorpresiva para su destinatario. De ese modo, en cuanto a su previsibilidad¹⁴⁶, también la preexistencia de la norma disciplinaria es una garantía de seguridad jurídica.

La vertiente material que constituye el mandato de tipificación¹⁴⁷ es el otro gran componente de seguridad jurídica. A través de dicho mandato, se exige que la conducta y su castigo no solo tengan existencia legal, sino que estén descritas con suficiente certeza y claridad¹⁴⁸, de modo que sus destinatarios puedan dibujar razonablemente la frontera que separa lo lícito de lo ilícito.

¹⁴⁴ *Ibíd.*, p. 203 y 205

¹⁴⁵ *Ibíd.*, p. 202

¹⁴⁶ *Ibíd.*, p. 297

¹⁴⁷ *Ibíd.*, p. 26

¹⁴⁸ *Ibíd.*, p. 45

Ese aspecto sustancial, siguiendo a Santaella Quintero¹⁴⁹ la tipificación, a dupla con la reserva legal, mitiga la incertidumbre que implica la interpretación por parte del fallador. En ese orden de ideas, de una adecuada y suficiente tipificación es que el destinatario de la norma disciplinaria puede anticipar cuál será la reacción del Estado frente a las acciones y omisiones en que incurra en el ejercicio de su función. Con base en esa posibilidad de conocimiento, puede predicarse que el sujeto ha sabido o ha debido saber qué conductas implican reproche disciplinario, y si incurre en ellas, se hace responsable por ese desconocimiento.

En mérito de lo expuesto, el mandato de tipificación también precisa del atributo de *lex scripta*¹⁵⁰ pues solo a través de la consagración positiva es posible que las normas sancionatorias puedan ser conocidas por sus destinatarios. A su turno, con esa positivización se atenúan la interpretación y la discrecionalidad a la hora de juzgar si determinadas acciones u omisiones se subsumen en los supuestos de hecho que se encuentran previstos en las disposiciones disciplinarias.

Ahora bien, queda expuesto que la seguridad jurídica no es posible si a pesar de contar con preexistencia normativa, la descripción típica no es lo suficientemente clara y precisa para atenuar el referido margen de subjetividad del fallador¹⁵¹. Es un hecho que entre más preciso sea el supuesto de hecho, menor margen interpretativo existirá.

¹⁴⁹ SANTAELLA, Óp. Cit., p. 183

¹⁵⁰ Ibíd., p. 144

¹⁵¹ NIETO, Óp. Cit., p. 305

Al igual que la reserva legal, es clara entonces la incidencia que tiene el mandato de tipificación con la denominada predeterminación inteligible de la infracción¹⁵² en la medida que se exponen los comportamientos prohibidos disciplinariamente y cuál será la sanción imponible de incurrir en ellos. Es el sujeto entonces quien con base en ese contenido inteligible de la norma, logra tener consciencia de la licitud o ilicitud de sus actos. Independientemente que el individuo cometa una falta a título de dolo o de culpa, es claro que el conocimiento es un elemento subjetivo que debe estar presente para que una persona se predique como responsable.

Con base en la claridad y precisión de la norma disciplinaria, se dota de seguridad jurídica a su destinatario pero esa no es la única finalidad de esa especie del *ius puniendi*. Tal y como quedó expuesto en los acápites precedentes, con esa certidumbre se pretende que el sujeto pueda programar su comportamiento¹⁵³ y ante la amenaza de la sanción evite incurrir en la infracción. Esa finalidad no tiene valor por sí misma sino que a su turno existe con el objeto de materializar fines superiores, esto es, los fines que pretende el derecho disciplinario.

De allí, se reafirma que el fin de la sanción no es propiamente el castigo sino que la amenaza contribuya, por ejemplo, a que se acaten los deberes y prohibiciones de la función pública¹⁵⁴. Sin la preexistencia típica de la conducta y de la sanción, y su previsión al amparo de la ley, la seguridad jurídica no es predicado real para el destinatario de las normas disciplinarias, y dada la ausencia de seguridad jurídica, en la práctica el derecho

¹⁵² Loc. Cit.

¹⁵³ Ibíd., p. 297

¹⁵⁴ Ibíd., p. 34

disciplinario no logrará ser un predeterminador de comportamiento en el ejercicio de las funciones del Estado.

El orden argumentativo desarrollado en precedencia establece que solo cuando la norma disciplinaria proporciona seguridad jurídica a su destinatario, puede predicarse que ella ha satisfecho suficientemente al principio de legalidad. A su turno, solo a través de una suficiente satisfacción del principio de legalidad en sus vertientes formal y material, es posible que el derecho disciplinario logre sus fines.

Tales objetivos han sido expuestos por la Corte Constitucional al indicar que a través de las normas disciplinarias de contenido sustancial y procesal, el Estado “asegura la obediencia, la disciplina y el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de los servidores públicos, con miras a asegurar el buen funcionamiento de los diferentes servicios a su cargo”¹⁵⁵. Sobre el particular, ha expresado el Alto Tribunal que tal obediencia, disciplina y comportamiento ético hacen posible que la actividad del Estado se desempeñe bajo los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad; propios de la función pública.

Evidentemente no es posible predicar que exista obediencia, ética, ni disciplina, ni que se acaten los principios de la función pública, cuando no se establece con claridad la frontera entre lo permitido y lo no permitido¹⁵⁶. Es ese grado de confianza y certidumbre el que hace fácticamente operativa la actividad de un servidor público y no, que a consecuencia de la

¹⁵⁵ Sentencias C-341 de 1996 M.P. Antonio Barrera Carbonell, C-124 de 2003 M.P. Jaime Araujo Rentería y C-721 de 2015 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

¹⁵⁶ SANTAELLA, Óp. Cit., p. 144

indeterminación de lo que puede ocasionarle responsabilidad disciplinaria, se abstenga de lograr la máxima eficiencia en el desempeño de sus funciones.

Consecuencia de lo expuesto es que la necesidad de proporcionar seguridad jurídica al destinatario de la norma disciplinaria trasciende el espectro de las garantías y derechos fundamentales pues ésta es un condicionamiento operativo de la eficiencia de la función pública y con ello, un requerimiento necesario para que se alcancen los fines del Estado. De allí que la norma disciplinaria tenga que ser, como apunta Nieto, inteligible y potencialmente operativa¹⁵⁷, y a su turno, como señala la Corte Constitucional:

“(...) la imputación disciplinaria también remite a los fines esenciales del Estado pues una democracia constitucional como la colombiana está concebida, entre otras cosas, para servir a la comunidad, promover la prosperidad general; garantizar a todas las personas la efectividad de los principios, derechos y deberes consagrados en la Constitución y para asegurar la convivencia pacífica y la vigencia de un orden justo.”¹⁵⁸

Igualmente no se debe desconocer que en la medida que se proporciona seguridad jurídica a través de la suficiente satisfacción del principio de legalidad, con mayor probabilidad la actividad disciplinaria responderá a la exigencia de justicia material:

“el principio de legalidad, como salvaguarda de la seguridad jurídica de los ciudadanos, hace parte de las garantías del debido proceso, pues permite conocer previamente las conductas

¹⁵⁷ NIETO, Óp. Cit., p. 44

¹⁵⁸ Sentencia C-252 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño

prohibidas y las penas aplicables, tanto en materia penal como disciplinaria. Este principio además protege la libertad individual, controla la arbitrariedad judicial y administrativa y asegura la igualdad de todas las personas ante el poder punitivo y sancionatorio del Estado. Por eso es común que los tratados de derechos humanos y nuestra Constitución lo incorporen expresamente cuando establecen que nadie puede ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa.”¹⁵⁹

A su turno, tal y como se desarrolló en el acápite inmediatamente anterior, también es una condición de seguridad jurídica la estabilidad de las decisiones disciplinarias mediante el atributo de la “cosa decidida”¹⁶⁰, predicamento que en cierta medida se propone materializar el principio del *non bis in ídem* en el derecho administrativo sancionador.

Con todo lo expuesto, se comprende por qué el derecho disciplinario no es un mero instrumento para controlar la conducta de los servidores públicos, sino que respetando los derechos fundamentales de los encartados, propende por el correcto funcionamiento de la Administración¹⁶¹.

Se concluye, en consecuencia, que para alcanzar los fines del derecho administrativo sancionador, y con ello, los propios fines que se propone el Estado mediante el desempeño de las actividades públicas, es indispensable proporcionar seguridad jurídica a los destinatarios de las normas disciplinarias.

¹⁵⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-653 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

¹⁶⁰ RINCÓN CÓRDOBA, Jorge Iván. Origen, justificación y presupuestos de la potestad sancionadora de la Administración en el ordenamiento jurídico colombiano. Óp. Cit., p. 79

¹⁶¹ Corte Constitucional, Sentencia C-721 de 2015 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

C. EL TRASLADO AL OPERADOR JURÍDICO PARA PRECISAR LA FALTA DISCIPLINARIA: A PROPÓSITO DE LA TÉCNICA *NUMERUS APERTUS*

Con el presente acápite temático que analiza las particularidades de la técnica *numerus apertus* concluye la consideración de la tipicidad en materia disciplinaria, siendo oportuno indicar que si bien dicha técnica revela un ingrediente subjetivo del tipo, como lo es la culpabilidad, dicho ingrediente también forma parte de la cuestión de la tipicidad.

Lo anterior se explica en el hecho de que la técnica *numerus apertus* plantea la cuestión de la imputación por culpa. Ello solo resulta posible cuando se admite que la tipicidad disciplinaria pueda operar bajo una modalidad de *numerus apertus*.¹⁶² Al mismo tiempo, la relación entre el ingrediente subjetivo de la culpabilidad que revela la técnica *numerus apertus* deja en evidencia una relación directa con la tipicidad cuando se afirma que es la naturaleza del comportamiento, la cual se describe en el tipo, la que determina que una infracción además del dolo, admite ser cometida con culpa.¹⁶³

Con base en esta breve contextualización, el análisis de la técnica *numerus apertus* es oportuno y pertinente para revisar cómo el operador disciplinario considera uno de los elementos del tipo, como lo es el elemento subjetivo.

¹⁶² GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. El Derecho Disciplinario en Colombia “Estado del Arte”. En Revista Derecho Penal y Criminología volumen 32 Número 92. 2011 pp. 115 – 154

¹⁶³ Sentencias C-155 de 2002 M.P. Clara Inés Vargas Hernández y C-181 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

Sobre el particular, debe comenzar por señalarse que el Consejo de Estado¹⁶⁴ mediante sentencia de 14 de febrero de 2019 consideró que el derecho disciplinario colombiano opera bajo un sistema genérico de incriminación, en virtud del cual, no se señala de manera concreta y específica los comportamientos que para su tipificación requieren ser cometidos por culpa, a diferencia de lo que ocurre en el derecho penal donde los delitos culposos están expresamente determinados. Ese sistema de incriminación disciplinaria recibe el nombre de *numerus apertus* y consiste en que, en principio, a la par de la modalidad dolosa de una falta disciplinaria, se encuentra también su modalidad culposa.

Frente a ese sistema, el tratadista Jiménez de Asúa¹⁶⁵ ha señalado que se basa en una generalización en virtud de la cual se busca abarcar la mayoría de infracciones previstas como dolosas, pero que han sido perpetradas por imprudencia o negligencia. Con base en lo anterior, se tiene que se incriminan normativamente por culpa buena parte de las infracciones que se encuentran tipificadas por dolo, de allí que se afirme que en principio toda falta dolosa tenga su par culposa.

De acuerdo con Gómez Pavajeau¹⁶⁶, cuando se dice en principio, no se quiere significar que si una falta no es cometida con dolo, automáticamente se puede predicar la existencia de culpa, pues en todo caso deben ser verificadas las reglas de exclusión de ésta so pena de violar los principios de determinación y culpabilidad. En otras palabras, la inexistencia de dolo no

¹⁶⁴ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A Sentencia de 14 de febrero de 2019 C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas Radicación No. 11001-03-25-000-2014-00073-00 (0140-14)

¹⁶⁵ JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de derecho penal. La culpabilidad, Buenos Aires: Losada, 1992. pp. 724 y 729

¹⁶⁶ GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del Derecho Disciplinario. Óp. Cit., p. 573

implica que se pueda concluir per se que la falta fue cometida con culpa. Es por ello que Gómez Pavajeau resalta que debe verificarse si existen elementos que excluyan la existencia de culpabilidad, por lo que se puede concluir que no es correcto pensar que la modalidad culposa se encuentra en una suerte de subsidiariedad respecto del dolo.

El aspecto anterior responde al contenido del artículo 13 del Código Disciplinario Único que proscribe toda forma de responsabilidad objetiva y que en atención al principio de culpabilidad del artículo 29 de la Constitución Política, para sancionar una falta se requiere que ésta haya sido cometida a título de dolo o culpa. Es allí donde reside uno de los elementos definitorios del sistema *numerus apertus*, y es que la ley traslada al operador disciplinario la facultad de determinar si la conducta es calificable a título de dolo o a título de culpa. Sobre esa materia sustancial, es oportuno indicar que la Corte Constitucional a través de la Sentencia C-155 de 2002 con ponencia de la Magistrada Clara Inés Vargas Hernández, se refirió sobre los elementos sustanciales del sistema *numerus apertus* con relación a la Constitución Política. En ese orden, destacó la Corte:

En primer lugar, que el derecho disciplinario además de garantizar los fines del Estado, se sujeta al reconocimiento de los derechos fundamentales, dentro de los cuales se encuentra el principio de culpabilidad que establece el artículo 29 de la Constitución Política. Por lo tanto, toda persona se presume inocente y está proscrita la responsabilidad objetiva. De ese modo, se destaca que en el derecho disciplinario solo se es sancionable a título de dolo o culpa y una vez se haya desarrollado el correspondiente procedimiento

con respeto de las garantías del debido proceso y sea dentro de éste, donde se establezca la responsabilidad del disciplinado¹⁶⁷.

En segundo lugar, que atendiendo a que el derecho disciplinario pretende el buen funcionamiento de la administración pública, y en razón de ello, las conductas constitutivas de falta se establecen en tipos abiertos que suponen un amplio margen de valoración y apreciación por parte del fallador, el legislador ha adoptado un sistema de incriminación igualmente amplio y genérico en el cual:

“no se señalan específicamente cuales comportamientos requieren para su tipificación ser cometidos con culpa -como sí lo hace la ley penal-, de modo que en principio a toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria le corresponderá una de carácter culposo, salvo que sea imposible admitir que el hecho se cometió culposamente (...) Por tal razón, el sistema de *numerus apertus* supone igualmente que el fallador es quien debe establecer cuales tipos disciplinarios admiten la modalidad culposa partiendo de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición.”¹⁶⁸

Sobre este aspecto se refiere que la conceptualización del sistema *numerus apertus* se ha ligado de manera necesaria con la técnica de la tipificación en blanco con lo cual el juez disciplinario cuenta con unos márgenes más amplios a la hora de llevar a cabo la adecuación típica¹⁶⁹.

¹⁶⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-728 de 2000 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

¹⁶⁸ Corte Constitucional, Sentencia C-155 de 2002 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

¹⁶⁹ Corte Constitucional, Sentencia C-818 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil

Por último, la Corte Constitucional señala que ese sistema genérico de incriminación responde al hecho que el cumplimiento de los fines y funciones del Estado (art. 17 del Código Disciplinario Único) puede verse afectado tanto por conductas dolosas como culposas, de allí que se opte porque en principio las descripciones típicas admitan ambas modalidades de culpabilidad, salvo en aquellos casos en que no resulte posible estructurar la modalidad culposa.

Con base en los anteriores elementos de la Sentencia C-155 de 2002, termina de entenderse por qué no siempre toda falta dolosa tiene un correlato culposo. Existen conductas que simplemente no pueden ser cometidas culposamente pues requieren de intencionalidad, y es a consecuencia de esa realidad ontológica que la culpa no tiene cabida conceptual en ciertos casos. De ese modo, uno de los pasos iniciales que corresponde al operador disciplinario consiste en establecer si el tipo disciplinario admite la modalidad culposa lo cual depende de la estructura del tipo, del bien tutelado o del significado de la prohibición. Indica la Corte: “De ahí que corresponda al intérprete, a partir del sentido general de la prohibición y del valor que busca ser protegido, deducir qué tipos disciplinarios permiten ser vulnerados con cualquiera de los factores generadores de la culpa.”¹⁷⁰

El anterior criterio es compartido por el Consejo de Estado¹⁷¹, corporación que a través de Sentencia de 15 de marzo de 2018 expresó que en *numerus apertus* en principio toda infracción dolosa de una falta disciplinaria le corresponde una de carácter culposo salvo que sea imposible que el hecho se haya cometido culposamente, como por ejemplo cuando en la descripción del tipo se exige o precisa de intención. Igualmente el máximo tribunal de lo

¹⁷⁰ Corte Constitucional. Sentencia C-155 de 2002

¹⁷¹ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A Sentencia de 15 de marzo de 2018 Radicación No. 11001-03-25-000-2016-00741-00 (3352-16) C.P. William Hernández Gómez

contencioso administrativo¹⁷² ha indicado que lo que corresponde al operador disciplinario es determinar quien actuó de manera imprudente o quien lo hizo con la intención de lesionar. Complementa igualmente la alta Corporación que en materia disciplinaria la regla general es la culpa y no se trata que su concepto sea diferente con otras ramas del derecho sino que es la propia ontología de la falta la que define si la acción es cometida a título de dolo o a título de culpa.

Sobre el particular, es oportuno indicar que Quintero Restrepo¹⁷³ considera que el sistema *numerus apertus* si bien permite la definición como dolo o como culpa para la calificación de la conducta, no significa que esa definición dependa exclusivamente del arbitrio del operador jurídico, sino que depende de la misma norma que se señale infringida por el servidor público. En ese orden, el precitado autor reitera que la tipicidad en materia disciplinaria está sometida al principio de legalidad, de modo que a pesar de la existencia de tipos abiertos, es en las disposiciones legales y reglamentarias donde se encuentran determinadas las funciones, órdenes, prohibiciones y limitaciones del servidor público. Por ello, se debe resaltar que el hecho que una falta admita el dolo o la culpa, o ambos, depende esencialmente de la ontología del tipo disciplinario.

Frente a lo anterior, la incriminación culposa del *numerus apertus* significa que corresponde al operador determinar cuándo se admite en la tipificación de la falta, esa modalidad de culpabilidad. Para Gómez Pavajeau¹⁷⁴ no es

¹⁷² Sentencia de 26 de septiembre de 2012 Radicación No. 11001-03-25-000-2010-00127-00(0977-10) C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

¹⁷³ QUINTERO RESTREPO. León David. Tipicidad en materia disciplinaria: Tipos Abiertos y *Numerus Apertus*. En: Revista Diálogos de Derecho y Política. Facultad de Derecho Universidad de Antioquia Número 7 Año 2 Mayo – Agosto de 2011

¹⁷⁴ GÓMEZ, Óp. Cit., p. 577

posible admitir la modalidad culposa cuando estructuralmente el tipo no lo permite, por ejemplo, cuando incorpora expresiones que de manera exclusiva y excluyente permiten concluir que solo se admite el dolo. Ejemplo de ello, lo indica el Consejo de Estado: “En efecto, el uso de expresiones como “a sabiendas”, “con el fin”, “de mala fe”, “con el propósito”, y la utilización de ingredientes subjetivos del tipo excluyen de por sí la posibilidad de admitir faltas culposas, en la modalidad en que la estructura típica resulta incompatible con tal modalidad de imputación.” ¹⁷⁵

Igualmente, otro ejemplo de imposibilidad culposa se tiene con aquellos tipos que son medios para lograr un fin¹⁷⁶ puesto que en ellos se requiere necesariamente de la voluntad de utilizar un instrumento para procurar la consecución de un objetivo. Gómez Pavajeau¹⁷⁷ también destaca en la misma línea, la imposibilidad de la modalidad culposa en los denominados tipos de tendencia interna trascendente. En ese orden, siempre que el tipo requiera de un factor de intencionalidad y no pueda ser concebido sin tal, la modalidad culposa no podrá ser predicada.

Con posterioridad a la precitada Sentencia C-155 de 2002, fue proferida en el mismo año la Sentencia C-181 con ponencia del Magistrado Marco Gerardo Monroy Cabra. En dicha providencia, enfatizó la Corte Constitucional que en el derecho disciplinario la regla general sancionatoria es el castigo de la culpa, y a ese factor diferencial es a que responde el referido sistema de números abiertos en oposición al sistema de números cerrados (*numerus clausus*) que es característico del derecho penal, y en donde la ley sí se

¹⁷⁵ Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia de 26 de octubre de 2017, radicación No. 11001032500020100029000, C.P. William Hernández Gómez

¹⁷⁶ GÓMEZ, Óp. Cit., p. 577

¹⁷⁷ Ibíd., p. 578

ocupa de establecer expresamente cuando procede en un tipo la modalidad culposa.

A lo anterior, añade la Corte que es característico del sistema *numerus apertus* que se admite la posibilidad de castigar por culpa, así la ley no lo reconozca expresamente para la conducta disciplinaria en cuestión. De ese modo, la determinación sobre si se puede sancionar a título de culpa o no, no es una materia que defina la ley sino que de esa determinación se encarga la autoridad disciplinaria atendiendo a la naturaleza de la conducta sancionable.

En el precitado pronunciamiento, la Corte Constitucional reconoce que existen críticas y cuestionamientos frente al sistema de *numerus apertus* en los cuales se alega la vulneración del principio de legalidad de la sanción pues se considera que se transfiere ilegítimamente a la administración una facultad que es del resorte exclusivo del legislador, esto es, determinar los elementos de la conducta que es disciplinariamente sancionable. De ese modo, la crítica se basa esencialmente en que debe ser el legislador y no el operador disciplinario, quien defina cuando una falta disciplinaria es sancionable a título de dolo y cuando a título de culpa.

Dicho cuestionamiento fue resuelto por la Corte en la referida Sentencia C-181 de 2002 señalando que el sistema *numerus apertus* no incurre en la violación de la que se le acusa pues es un sistema incriminatorio que responde a los fines que el derecho disciplinario pretende, y dentro de los cuales se encuentra la obediencia, la disciplina, el comportamiento ético, la moralidad y la eficiencia de la gestión pública; todo vinculado al artículo 209 de la Constitución Política. En consecuencia, a través del sistema *numerus apertus* se impone un deber general de cuidado, diligencia y corrección en el desempeño de funciones públicas y se sanciona su incumplimiento, aspecto

frente al cual refiere la Corte que los servidores públicos no solo son responsables por quebrantar la ley, sino por la omisión o extralimitación en el ejercicio de las mismas.

En el criterio anterior, coincide Gómez Pavajeau¹⁷⁸ cuando indica que con el sistema *numerus apertus* existe una punición de la negligencia e imprudencia en general, las cuales compromete en gran medida los fines de eficacia y eficiencia del Estado. El precitado autor complementa que dentro del sistema de números abiertos existen dos categorías diferenciales.

La primera de ellas refiere al sistema de imputación donde la culpa ocupa el lugar principal mientras que el papel del dolo es el secundario¹⁷⁹. Ahora bien, de acuerdo el tratadista De Palma del Teso¹⁸⁰ los tipos estipulan por lo general conductas de imprudencia y las conductas dolosas son subsidiarias. Es decir, el dolo depende que el hecho no se haya cometido por culpa. Entre tanto, Ossa Arbeláez¹⁸¹ señala que en el campo del derecho administrativo las tipificaciones por excelencia son las acciones imprudentes y la negligencia. La segunda categoría es el sistema *numerus apertus* donde la incriminación por dolo es la principal y la imputación por culpa es la secundaria. En el derecho disciplinario no rige un sistema específico de incriminación para las faltas culposas sino que rige un sistema genérico de incriminación¹⁸².

¹⁷⁸ *Ibíd.*, p. 572

¹⁷⁹ *Ibíd.*, p. 573

¹⁸⁰ DE PALMA DEL TESO, Ángeles. El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador. Madrid: Tecnos. 1996, p. 138

¹⁸¹ OSSA ARBELÁEZ, Óp. Cit. p. 354

¹⁸² GÓMEZ, Óp. Cit., p. 574

Para Gómez Pavajeau¹⁸³ de las dos categorías, la acogida en Colombia es donde la regla general es el castigo de las infracciones culposas y es menor el castigo por la vía de infracciones dolosas. Siguiendo la posición que líneas atrás se refirió de la Corte Constitucional, el precitado autor indica que en el sistema disciplinario colombiano corresponde al operador jurídico primero determinar cuáles son las faltas que admiten la incriminación por culpa, sin perder de vista que la leve no resulta punible.

Así las cosas, la referencia genérica a la imputación por culpa se encuentra señalada en el artículo 13 de la Ley 734 de 2002 y se apunta que es constitutiva de un sistema de *numerus apertus*¹⁸⁴. Igualmente el sistema de *numerus apertus* se ve reflejado en el contenido del numeral 1 del artículo 43 referente a tener en cuenta como criterio de graduación de la gravedad o levedad de la falta, el grado de culpabilidad sin hacer distingo entre dolo o culpa¹⁸⁵. Otras normas que destaca Gómez Pavajeau¹⁸⁶ son los artículos 43 numeral 9, el artículo 44 numerales 1, 2, 3 y 5, el artículo 50 inciso 3, el artículo 55 parágrafo 1 y el parágrafo del artículo 61.

Con base en lo anterior, el precitado autor reitera que: “La adopción de un sistema de números abiertos o de incriminación genérica de faltas culposas implica la afirmación de que en principio toda modalidad dolosa de una falta disciplinaria tiene su par culposa”¹⁸⁷, consideración en la que De Palma del Teso¹⁸⁸ estaría de acuerdo cuando señala que los tipos administrativos de forma general contemplan conductas imprudentes, y por tanto, para la

¹⁸³ *Ibíd.*, p. 575

¹⁸⁴ *Ibíd.*, p. 576

¹⁸⁵ *Ibíd.*, p. 577

¹⁸⁶ *Loc. Cit.*

¹⁸⁷ *Loc. Cit.*

¹⁸⁸ DE PALMA DEL TESO, *Óp. Cit.*, p. 130

existencia de la infracción administrativa es suficiente con la concurrencia de la culpa, de allí el autor señala que “la relación entre dolo y culpa en el ámbito sancionador administrativo es inversa a la que tiene lugar en forma general las conductas en su forma imprudente, y las dolosas están respecto de aquellas en relación de subsidiariedad. Ello explica que en nuestro derecho sancionador administrativo la concurrencia de dolo sea un criterio para agravar las sanciones”¹⁸⁹. De ese modo, en el derecho disciplinario la regla general sobre el principio de culpabilidad suele estar en la culpa más que en la actividad intencional.

La Procuraduría General de la Nación¹⁹⁰ también ha tenido oportunidad de pronunciarse para señalar que el sistema de *numerus apertus* responde a la imposibilidad que el legislador cuente con un listado detallado de comportamientos prohibidos a los servidores públicos. De ese modo, y a diferencia de lo que puede suceder con el derecho penal, en el derecho disciplinario es característico que las conductas que constituyen una falta suelen estar en tipos abiertos que se sancionan en función de la imprudencia o negligencia.

Finalmente a través de las sentencias T-319^a de 2012¹⁹¹ y C-699 de 2015¹⁹² la Corte Constitucional reiteró que la autoridad disciplinaria no puede actuar discrecionalmente al realizar la adecuación típica por *numerus apertus* puesto que la actividad hermenéutica está delimitada por el contenido material de los tipos disciplinarios, así como por los principios y reglas que rigen la interpretación jurídica en los dominios del derecho sancionador. De ese

¹⁸⁹ Loc. Cit.

¹⁹⁰ Procuraduría General de la Nación. Decisión de 29 de septiembre de 2015. Radicado 161-6110 (IUS 2010-387491)

¹⁹¹ M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

¹⁹² M.P. Alberto Rojas Ríos

modo, resaltó que la Ley 734 de 2002 no distingue cuales son los tipos que se cometen a título doloso y cuales a título culposo. Ahora con relación al principio de legalidad, señaló que el sistema *numerus apertus* responde a la imposibilidad de contar con un listado específico donde se encuentren todas las conductas que están prohibidas en el derecho disciplinario, en todo caso, eso no significa que esté autorizado que el tipo sea de tal forma indeterminado que desconozca las garantías constitucionales del principio de legalidad y del derecho fundamental al debido proceso. Concluye la Corte Constitucional que en todo caso son elementos esenciales del tipo sancionatorio: “(i) la descripción de la conducta o del comportamiento que da lugar a la aplicación de la sanción; (ii) la determinación de la sanción, incluyendo el término o la cuantía de la misma, (iii) la autoridad competente para aplicarla, y (iv) el procedimiento que debe seguirse para su imposición.”¹⁹³

Ahora bien, debe indicarse que el sistema de *numerus apertus* permanece en el Código General Disciplinario a través de su artículo 29 que señala que las faltas disciplinarias “podrán ser sancionadas a título de culpa siempre y cuando la modalidad del comportamiento así lo permita” con lo cual se reitera el criterio establecido por la Corte Constitucional desde el año 2002 (Sentencias C-155 y C-181)

Con base en todo lo que fue expuesto en precedencia, se tiene en síntesis que en el derecho disciplinario no existe una tipificación puntual frente a las faltas disciplinarias que admite a la culpa como modalidad de responsabilidad. En ese orden, existe una generalización en virtud de la cual se traslada al operador jurídico la facultad de entrar a precisar a qué título

¹⁹³ Corte Constitucional. Sentencia C-699 de 2015 M.P. Alberto Rojas Ríos

debe ser calificada la comisión de la correspondiente falta disciplinaria. De esa forma, se concluye que la técnica *numerus apertus* también deja en evidencia el proceso de matización o de atenuación que caracteriza al derecho disciplinario todo con el propósito de atender, no solo las garantías fundamentales del encartado, sino también el adecuado funcionamiento de la Administración Pública.

Por último, el límite que encuentra esa facultad del operador disciplinario, tal y como se sustentó con los pronunciamientos tanto de la Corte Constitucional como del Consejo de Estado, es la propia ontología del tipo de modo que es ella la que determina si es posible que sea cometida de manera imprudente (culpa), o si dada su configuración conceptual solo es posible que se incurra en ella intencionalmente (dolo).

D. DE LA INTERACCIÓN CONSTANTE ENTRE LA LEY Y OTRAS FUENTES JURÍDICAS, INCLUSO CLÁUSULAS CONTRACTUALES

La contratación estatal es un ejemplo de la interacción que existe entre el derecho administrativo sancionador e instrumentos, que sin ser una ley en sentido escrito, cumplen con el mandato de tipificación a la hora de determinar las acciones y omisiones que pueden resultar constitutivas de sanción. Por otro lado, también la contratación estatal deja en evidencia cómo el derecho administrativo sancionador, y con ello el derecho disciplinario, ha ampliado su espectro de aplicación incorporando nuevos actores que hoy son sujetos de responsabilidad.

En los capítulos anteriores se estableció que resultado de un proceso de atenuación¹⁹⁴, el principio de legalidad no tiene la misma intensidad en el derecho administrativo sancionador a la que se exigiría, por ejemplo, en el escenario del derecho penal. De esa forma, las garantías que conforman al principio de legalidad, esto es la reserva legal y el mandato de tipificación, no se resuelven exclusivamente en una norma que formal y materialmente sea una ley, pues por previsión de esta última, es posible que la tipificación de la conducta disciplinable tenga que precisarse en el contenido de un contrato estatal.

Igualmente en los acápites precedentes quedó sustentado cómo una de las modalidades en que se realiza la reserva legal y el mandato de tipificación en el derecho administrativo sancionador se da a través de la colaboración reglamentaria¹⁹⁵. De manera análoga a lo anterior, en el presente acápite la modalidad de interacción que entra en consideración es la que tiene lugar con el contrato estatal como fuente jurídica de obligaciones. Para el efecto, se considera a continuación la imposición de sanciones a contratistas del Estado en virtud del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, y la responsabilidad disciplinaria de interventores, supervisores, consultores y asesores externos.

De acuerdo con Expósito Vélez¹⁹⁶, el derecho público contractual no ha sido ajeno al proceso de transformación jurídica que ha implicado la Constitución Política de 1991. De acuerdo con el autor, uno de los factores visibles de esa influencia es el hecho que el modelo de la contratación estatal esté

¹⁹⁴ NIETO, Óp. Cit., p. 27

¹⁹⁵ *Ibíd.*, p. 265

¹⁹⁶ EXPÓSITO VÉLEZ, Juan Carlos. Manifestaciones del debido proceso en el derecho administrativo sancionatorio contractual. En: *El Poder Sancionador de la Administración Pública: Discusión, Expansión y Construcción*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018. p. 461

estructurado en un sistema de principios y garantías¹⁹⁷ dentro de los cuales se encuentra el de legalidad y el debido proceso. Tratándose del último, éste coadyuva a la seguridad jurídica mediante el respeto de las formalidades e incorpora cuatro garantías¹⁹⁸, como lo son la oportunidad de contradicción, la competencia de quien adopta la decisión, la observancia de las formas y procedimientos y la sujeción al régimen jurídico sustancial existente.

Siguiendo a Robert Alexy¹⁹⁹, al considerar que los principios ordenan que algo se realice en la mayor medida que sea posible, y de allí, que sea posible cumplirlos en distintos grados, si bien el debido proceso se atenúa en el derecho administrativo sancionador, ello no excluye la necesidad que exista un procedimiento que materialice su núcleo esencial, y con ello, las cuatro garantías referidas anteriormente.

Sobre el particular, Expósito²⁰⁰ indica que en la actuación contractual, el debido proceso comprende tres sentidos: 1. Durante la imposición de sanciones contractuales, 2. Frente a la actuación que se adelante, y 3. Frente a las causales excepcionales. En todo caso, en esas tres facetas el derecho administrativo sancionador se dirige y encuentra contenido en las cláusulas pactadas en el contrato estatal. De acuerdo con Julio Inocencio, éstas permiten a la administración: “imponer sanciones administrativas unilaterales al contratista particular, previo agotamiento de un procedimiento administrativo que garantice el debido proceso y como tal debe aplicar el principio de legalidad de las cláusulas de incumplimiento contractual que dan

¹⁹⁷ Ibíd., p. 462

¹⁹⁸ Ibíd., p. 471

¹⁹⁹ ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 95

²⁰⁰ EXPÓSITO, Óp. Cit., p. 482

lugar a esas sanciones, como también al principio de legalidad de las sanciones contractuales.²⁰¹”

De ese modo, el contrato estatal es un buen ejemplo de matización del principio de legalidad en el derecho administrativo sancionador, en la medida que dicho instrumento realiza el mandato de tipificación. En ese orden, es el contrato estatal donde se estipulan las multas y sanciones que pueden ser impuestas al contratista, potestad que evidentemente responde al poder de dirección y control que el Estatuto General de Contratación Pública reconoce a las entidades administrativas.

Sobre el particular, el Consejo de Estado a través de Sentencia de 22 de octubre de 2012²⁰² ha tenido oportunidad de señalar que esas prerrogativas de poder que se reconocen a la Administración Pública en el ámbito de la contratación estatal, y con las cuales pueden imponer castigos, se otorgan con el fin de alcanzar los intereses generales y responder a principios como la eficacia, la celeridad, la imparcialidad, la publicidad y la economía, consagrados en el artículo 209 de la Constitución Política. De esa manera, destaca la Alta Corporación, que la posibilidad de imponer sanciones en contratos estatales no es un fin sino un instrumento adicional con el que se cuenta para la consecución de las competencias, y por ello ese poder punitivo siempre debe conciliar entre dos extremos: las garantías sustanciales y procesales de los ciudadanos; y servir para el correcto ejercicio de las funciones públicas.

²⁰¹ INOCENCIO, Julio. Tratado de derecho de los contratos estatales y de la responsabilidad contractual. Teoría y dogmática del derecho disciplinario y del derecho sancionatorio-contractual. Tomo IV. Editorial Ibáñez. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2016, p. 581

²⁰² Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 22 de octubre de 2012, Rad. No. 05001-23-24-000-1996-00680-01 (20738) CP. Enrique Gil Botero.

Igualmente destaca el Consejo de Estado en la precitada providencia, que la potestad sancionadora en el ámbito contractual también se encuentra sometida al principio de legalidad de modo que debe manifestarse a través de actos administrativos los cuales son susceptibles de ser controlados por el juez de lo contencioso administrativo²⁰³. A lo anterior, complementa que la potestad sancionatoria contractual, al no ser absoluta, está sometida a varios límites, siendo el límite temporal, un contenido esencial. Con base en lo anterior, un criterio de seguridad jurídica es que ante la inactividad de la Administración, el ordenamiento jurídico impone como consecuencia la pérdida de competencia, ya sea para imponer sanciones, o bien, para adelantar el procedimiento necesario para llegar a ellas. Ello, como afirma el Consejo de Estado, responde al carácter preventivo que también posee el *ius puniendi*²⁰⁴.

Con todo, si se tratase de la contratación ordinaria del derecho privado, sería impensable que multas y sanciones pudieran ser impuestas directamente por una de las partes contratantes. Sin embargo, es sabido que tratándose de la contratación estatal que se rige por la Ley 80 de 1993 esa potestad se reconoce a la Administración Pública la cual ha de ejercerse bajo el procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011. Esa facultad de autotutela declarativa²⁰⁵ ha sido objeto del siguiente pronunciamiento por parte del Consejo de Estado:

“Obsérvese cómo el “principio de legalidad” – es decir, la predeterminación de las conductas en la Ley -, en materia

²⁰³ Loc. Cit.

²⁰⁴ Loc. Cit.

²⁰⁵ EXPÓSITO, Óp. Cit., p. 486

contractual se reduce a la simple “tipicidad” de la conducta – es decir, a la descripción y especificación normativa del comportamiento prohibido –, pues lo determinante no es que la Ley contemple la falta y la sanción sino que estén previamente definidas en cualquier norma, sin que importe que sea o no una ley quien lo haga.

Por tanto en materia contractual opera una especie de combinación entre el principio de legalidad y el de autonomía de la voluntad: el primero exige que las conductas reprochables entre las partes del contrato se contemplen previamente, con su correspondiente sanción, y el segundo permite que sean las partes – no la ley; pero autorizadas por ella – quienes definan esas conductas y la sanción. Se trata, no cabe duda, de un supuesto de *ius puniendi sui generis* al que regula el art. 29 CP, en lo que respecta, por lo menos, a la legalidad”²⁰⁶

Con base en lo anterior, mientras los artículos 17 de la Ley 1150 de 2007 y 86 de la Ley 1474 de 2011 establecen la procedencia legal de la imposición de multas y sanciones, es el contrato estatal donde operativamente la previsión normativa anterior se llena de contenido, pues es en él donde se pactan entre la entidad pública y el particular aquellos supuestos de hecho concretos que dan lugar a la facultad sancionatoria en el escenario de la contratación estatal.

En ese orden de ideas, el legislador ha previsto como fuente del derecho administrativo sancionador al contrato estatal y es en ese instrumento de

²⁰⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de noviembre de 2008, Expediente 17009.

gestión pública donde se materializa el mandato de tipificación, como vertiente material del principio de legalidad. Este último, el principio de legalidad, se realiza bajo la conjunción de tres elementos sustanciales como lo son el principio de la autonomía de la voluntad, la solemnidad del contrato estatal y la autorización de la ley para que sean impuestas multas y sanciones de forma unilateral por parte de la entidad estatal contratante. Su procedimiento, como se ha referido líneas atrás, está contemplado en el escenario de la audiencia pública y oral de que trata el artículo 86 del denominado Estatuto Anticorrupción.

Dentro de las medidas que pueden ser impuestas, previo procedimiento del artículo 86 de la Ley 1474 de 2011, se encuentran las multas (Ley 1150 de 2007 art. 17), la cláusula penal pecuniaria (Ley 80 de 1993 art. 13) y la terminación unilateral del contrato (Ley 80 de 1993 art. 44), todas ellas siguiendo la definición de García de Enterría tendrían la connotación de sanciones, habida cuenta que tal concepto refiere un “mal infligido a un administrado como consecuencia de una conducta ilegal. Este mal consistiría siempre en la privación de un bien o de un derecho, o imposición de una obligación”²⁰⁷

Naturalmente su imposición depende del contenido contractual pactado, no solo en lo referente al acuerdo entre las partes que las hace procedentes, sino también y esencialmente en que es el objeto contractual y las obligaciones a cargo, lo que determina qué es constitutivo de incumplimiento.

Se sigue entonces que el mandato de tipificación se realiza esencialmente en las obligaciones del contrato estatal pues es allí donde se definen en concreto

²⁰⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, Óp. Cit., p. 149

las actividades a que se compromete el contratista, y cuyo incumplimiento total o parcial, tardío o defectuoso, acepta que será objeto de sanción.

Ahora bien, en lo referente al caso de interventores, supervisores, consultores y asesores externos, debe comenzar por indicarse que el artículo 4 del Código Único Disciplinario establece que el servidor público y el particular, cuando sea el caso, solo son susceptibles de investigación y sanción disciplinaria cuando su comportamiento se encuentre descrito como falta al momento de su realización. A su turno, de acuerdo con la Corte Constitucional, el principio de legalidad si bien se aplica sin excepción en todas las actuaciones procesales en que se ejerce la potestad sancionadora del Estado, en el derecho disciplinario no reviste la misma intensidad y de allí, se cuenta con “un mayor margen de valoración e individualización de las faltas sancionables por la diversidad de comportamientos que pugnan con los propósitos de la función pública”²⁰⁸.

Un ejemplo de lo anterior, donde queda en evidencia la interacción constante entre el derecho disciplinario y los contratos estatales como modalidad de tipificación es el caso de la responsabilidad que se predica de los precitados interventores, supervisores, consultores y asesores externos. Así, es oportuno tener en cuenta que desde la Sentencia C-037 de 2003²⁰⁹ la Corte Constitucional indicó que el criterio de responsabilidad disciplinaria de los particulares no depende exclusivamente de la vinculación formal que tengan con el Estado, sino esencialmente del objeto material de la actividad desempeñada.

²⁰⁸ Sentencia T-1102 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería

²⁰⁹ M.P. Álvaro Tafur Galvis

Para el caso concreto de los interventores, la Corte señaló en dicha sentencia que de acuerdo con el numeral 1 del artículo 4 de la Ley 80 de 1993, las entidades públicas tienen la potestad de exigir al contratista la ejecución idónea y oportuna del contrato. Para lograr lo anterior, se reconoce que puede llevarse a cabo la labor de interventoría contractual, de modo que un particular asume una labor de seguimiento técnico al cumplimiento del contrato estatal sometido a vigilancia.

La Corte destacó en dicha oportunidad que:

“solo en el caso de que se le atribuyan prerrogativas que puedan considerarse el ejercicio de funciones públicas cabe someter a dicho particular a la Ley disciplinaria”, y a lo cual complementó, que la labor de interventoría “implica en realidad el ejercicio de una función pública”. De ese modo, concluyó que “lo que procede en este campo es la aplicación de un criterio material para identificar a los particulares que pueden ser destinatarios de la ley disciplinaria, es decir que debe tomarse en cuenta no el tipo de relación que pudiera existir entre estos y el Estado, sino el contenido de la función que les haya sido encomendada, la cual de poder considerarse como el ejercicio de una función pública, implica la aplicación de la ley disciplinaria”.

Evidentemente una de las herramientas que por excelencia coadyuva al logro de los fines del Estado y con ello, a los propósitos de la función pública, es la contratación estatal. En ese escenario, y tal y como lo establece el artículo 3 de la Ley 80 de 1993, los contratistas estatales ostentan la calidad de colaboradores de la Administración Pública. Frente a ellos, el tratadista Julio

Inocencio²¹⁰ indica que la facultad sancionatoria está compuesta por dos elementos: 1. El legal y 2. El contractual:

“El legal está estructurado desde el punto de vista de la competencia, en tanto determina quién es el servidor público facultado para hacer uso del poder sancionatorio del Estado, y cuál es el procedimiento previo que debe agotarse para imponer la sanción, es decir, hacer uso del imperium contractual del Estado. Desde el punto de vista contractual, encontramos la sustancialidad de las herramientas sancionatorias, pues es el contrato el que determina las herramientas, las causales y el quantum de las sanciones a imponer y la manera de hacerlas efectivas.”

La existencia del referido criterio material se ve reflejada en los artículos 25, 52 y 53 de la Ley 734 de 2002. En su orden, el artículo 25 establece que son destinatarios de la ley disciplinaria tanto los servidores públicos como los particulares que a su turno contempla el artículo 53 del mismo compendio normativo. El artículo 52 indica que el régimen disciplinario para los particulares comprende la determinación de los sujetos disciplinables, las inhabilidades, impedimentos, incompatibilidades y conflicto de intereses, y el catálogo especial de faltas imputables a los mismos.

El artículo 53 del Código Disciplinario Único fue modificado por el artículo 44 de la Ley 1474 de 2011, y establece que se aplica a los particulares que cumplen labores de interventoría o de supervisión en contratos estatales, así como a quienes ejerzan funciones públicas de manera permanente o transitoria, en lo que tienen que ver con éstas, y a quienes administren

²¹⁰ INOCENCIO, Óp. Cit., p. 583

recursos públicos y oficiales. Así queda expuesto el criterio material en el inciso segundo del precitado artículo 44:

“Se entiende que ejerce función pública aquel particular que, por disposición legal, acto administrativo, convenio o contrato, realice funciones administrativas o actividades propias de los órganos del Estado, que permiten el cumplimiento de los cometidos estatales, así como el que ejerce la facultad sancionadora del Estado; lo que se acreditará, entre otras manifestaciones, cada vez que ordene o señale conductas, expida actos unilaterales o ejerza poderes coercitivos.”

Aunado a lo anterior, el artículo 45 de la Ley 1474 de 2011 modificó el numeral 11 del artículo 55 de la Ley 734 de 2002 para establecer como faltas gravísimas para el interventor, las que se encuentran consagradas en los numerales 2, 3, 14, 15, 16, 18, 19, 20, 26, 27, 28, 34, 40, 42, 43, 50, 51, 52, 55, 56, y 59, parágrafo 4, del artículo 48 en cuanto resulten compatibles con la función.

Ahora bien, el numeral 34 del artículo 48 del Código Disciplinario Único, hoy modificado por el parágrafo 1 del artículo 84 de la Ley 1474 de 2011, contempló como falta gravísima tanto para los interventores como para los supervisores de contratos estatales, el no exigir:

“la calidad de los bienes y servicios adquiridos por la entidad estatal, o en su defecto, los exigidos por las normas técnicas obligatorias, o certificar como recibida a satisfacción, obra que no ha sido ejecutada a cabalidad. También será falta gravísima omitir el deber de informar a la entidad contratante los hechos o

circunstancias que puedan constituir actos de corrupción tipificados como conductas punibles, o que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o cuando se presente el incumplimiento.”

Dada la incidencia de la Ley 1474 de 2011 en el Código Disciplinario Único, es oportuno indicar que dicha norma estableció en sus artículos 82, 83 y 84 una expresa regulación de la responsabilidad disciplinaria de interventores, consultores y supervisores de contratos estatales.

En su orden, el artículo 82 modificó al artículo 53 de la Ley 80 de 1993 y estableció expresamente que:

“Los consultores y asesores externos responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría.

Por su parte, los interventores responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría.”

Debe indicarse que el artículo anterior a su turno fue modificado por el artículo 2 de la Ley 1882 de 2018 en los siguientes términos:

“Los consultores y asesores externos responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de consultoría o asesoría, celebrado por ellos, como por los hechos u omisiones que les fueren imputables constitutivos de incumplimiento de las obligaciones correspondientes a tales contratos y que causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las actividades de consultoría o asesoría incluyendo la etapa de liquidación de los mismos.

Por su parte, los interventores, responderán civil, fiscal, penal y disciplinariamente, tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que le sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de los contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría, incluyendo la etapa de liquidación de los mismos siempre y cuando tales perjuicios provengan del incumplimiento o responsabilidad directa, por parte del interventor, de las obligaciones que a este le correspondan conforme con el contrato de interventoría.”

Como se puede observar, la responsabilidad se redefinió en su alcance pues en ambos casos se refiere al marco de sus contratos celebrados, y se incluye ahora la etapa de liquidación.

Por su parte, el artículo 83 de la Ley 1474 de 2011 define en qué consisten las labores de interventoría y supervisión contractual, así:

“Artículo 83. SUPERVISIÓN E INTERVENTORÍA CONTRACTUAL. Con el fin de proteger la moralidad administrativa, de prevenir la ocurrencia de actos de corrupción y de tutelar la transparencia de la actividad contractual, las entidades públicas están obligadas a vigilar permanentemente la correcta ejecución del objeto contratado a través de un supervisor o un interventor, según corresponda.

La supervisión consistirá en el seguimiento técnico, administrativo, financiero, contable, y jurídico que sobre el cumplimiento del objeto del contrato, es ejercida por la misma entidad estatal cuando no requieren conocimientos especializados. Para la supervisión, la Entidad estatal podrá contratar personal de apoyo, a través de los contratos de prestación de servicios que sean requeridos.

La interventoría consistirá en el seguimiento técnico que sobre el cumplimiento del contrato realice una persona natural o jurídica contratada para tal fin por la Entidad Estatal, cuando el seguimiento del contrato suponga conocimiento especializado en la materia, o cuando la complejidad o la extensión del mismo lo justifiquen. No obstante, lo anterior cuando la entidad lo encuentre justificado y acorde a la naturaleza del contrato principal, podrá contratar el seguimiento administrativo, técnico, financiero, contable, jurídico del objeto o contrato dentro de la interventoría.

Por regla general, no serán concurrentes en relación con un mismo contrato, las funciones de supervisión e interventoría. Sin embargo, la entidad puede dividir la vigilancia del contrato principal, caso en el cual en el contrato respectivo de interventoría, se deberán indicar las actividades técnicas a cargo del interventor y las demás quedarán a cargo de la Entidad a través del supervisor.

(...)"

Ahora bien, el artículo 84 estableció las facultades y deberes de los supervisores e interventores comenzando por indicar que tanto la supervisión como la interventoría, implican el seguimiento al cumplimiento de las obligaciones a cargo del contratista. En ese orden, indica la norma, que son responsables de mantener informada a la entidad contratante además de hechos y circunstancias que puedan constituir actos de corrupción, de aquellas situaciones que puedan poner o pongan en riesgo el cumplimiento del contrato, o bien cuando dicho incumplimiento tenga lugar. Incurrir en la referida falta de informar oportunamente a la entidad, es causal de inhabilidad, y así mismo, implica para el interventor responsabilidad solidaria con el contratista respecto a los perjuicios que se ocasionen con el incumplimiento por los daños que le sean imputables al interventor.

Otra de las disposiciones pertinentes es el artículo 7 de la Ley 1882, el cual modifica al artículo 33 de la Ley 1508 de 2012 y señala que la interventoría para la ejecución de proyectos de asociación público privada responde disciplinariamente:

“tanto por el cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de interventoría, como por los hechos u omisiones que les

sean imputables y causen daño o perjuicio a las entidades, derivados de la celebración y ejecución de contratos respecto de los cuales hayan ejercido o ejerzan las funciones de interventoría, siempre y cuando tales perjuicios provengan del incumplimiento o responsabilidad directa, por parte del interventor, de las obligaciones que a este le corresponden con el contrato de interventoría.”

Finalmente el artículo 20 de la Ley 1882 de 2018 estableció una modificación del artículo 32 de la Ley 1508 de 2012 y en su párrafo 2 señala que en los contratos que desarrollen Proyectos de Asociación Público Privada, el concesionario será responsable de la conducta que da lugar a una causal de nulidad o la declaratoria de la existencia de la misma por una conducta dolosa en la comisión de un delito o una infracción administrativa relacionada con la celebración o ejecución del contrato objeto de terminación o declaratoria de nulidad, además del deber de pagar a la entidad el equivalente a la cláusula penal pecuniaria pactada, o en caso de que no se haya convenido, el cinco por ciento (5%) del valor del contrato; ese concesionario también es sujeto de responsabilidad disciplinaria por tales hechos.

Toda la regulación legal descrita en precedencia coincide en que la responsabilidad disciplinaria de particulares como el caso de interventores, supervisores, consultores y asesores externos se concretiza en el contenido que disponen las cláusulas de sus respectivos contratos, y también en el contenido de los contratos que están sometidos a su vigilancia o asesoría.

Para el caso de los interventores y los supervisores, es el contrato sometido a su vigilancia el que a través de sus cláusulas define cuál es la calidad de los bienes y servicios que debe ser exigida a favor de la entidad estatal, y así

mismo, cuáles son las condiciones que determinan cuando el objeto contratado se ha ejecutado a cabalidad. En ese orden, son las cláusulas del contrato bajo interventoría o supervisión las que determinan cuando el contratista vigilado puede incurrir o de hecho incurre en un incumplimiento contractual, situación que debe ser informada a la entidad pública contratante por parte del interventor o supervisor.

Naturalmente las responsabilidades concretas sobre la forma cómo deben ser cumplidas las actividades de interventoría, supervisión, consultoría y asesoría externa, y respecto de las cuales se predica responsabilidad disciplinaria, se definen en concreto de acuerdo con el alcance que cada una de ellas tenga en el respectivo contrato estatal de interventoría, supervisión, consultoría y asesoría externa.

En mérito de lo expuesto en el presente acápite, se concluye que el mandato de tipificación no se realiza únicamente en el contenido normativo de la Ley 734 de 2002, de la Ley 1474 de 2011 o de la Ley 1882 de 2018, entre otras normas legales, sino que tales disposiciones pueden remitir, y de hecho lo hacen, al contenido de las cláusulas de los contratos estatales.

De esa forma, también en esos casos se vislumbra la interacción constante de la ley disciplinaria con otras fuentes, como lo es el caso de las cláusulas pactadas en contratos estatales que implican el ejercicio de una función pública, o como es lógico, se relacionan con la consecución de los fines del Estado.

CAPITULO SEGUNDO. ANÁLISIS DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD FRENTE A UNA CAUSAL DISCIPLINARIA QUE SANCIONA EL DESCONOCIMIENTO DE PRINCIPIOS: EL CASO DEL NUMERAL 31 DEL ARTÍCULO 48 DEL CDU.

En el primer capítulo se evidenció que el principio legalidad en el derecho administrativo sancionador, y del cual forma parte el derecho disciplinario, está compuesto por dos vertientes: 1. La vertiente formal, la cual recibe el nombre de reserva legal y exige la característica de *lex previa*, y 2. El mandato de tipificación, el cual se integra a su vez por los mandatos de *lex scripta* y *lex certa*.

Con base en esa estructuración que define al principio de legalidad, el primer objeto de análisis responde a una pregunta transversal: ¿La causal disciplinaria consagrada en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único satisface el principio de legalidad del derecho administrativo sancionador?

Sobre el particular, la precitada disposición legal dispone:

Artículo 48. Faltas gravísimas. Son faltas gravísimas las siguientes:

31. Participar en la etapa precontractual o en la actividad contractual, en detrimento del patrimonio público, o con desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley.

Es oportuno indicar que ésta se conserva en idéntica forma en el numeral 3 del artículo 54 de Ley 1952 de 2019.

Ahora bien, con el desarrollo conceptual y argumentativo del Capítulo I, ya se efectuó la discusión sobre las diferencias que tiene el principio de legalidad en el derecho administrativo respecto al derecho penal, por lo que de entrada se reconoce y se parte del hecho de que dicho principio es matizado en lo que respecta a la potestad sancionadora de la Administración Pública.

Tratándose de la garantía de reserva legal debe recordarse que de acuerdo con Nieto²¹¹ ésta exige que el mandato de tipificación se lleve a cabo, no en cualquier texto normativo, sino en una norma con fuerza de ley respondiendo así al paradigma democrático según el cual es el propio ciudadano quien a través de sus representantes legislativos establece los supuestos de hecho por los que puede ser sancionado.

De conformidad con lo anterior, puede observarse que esta exigencia formal se encuentra cumplida en el caso de la causal disciplinaria que contempla el numeral 31 del artículo 48 del Código Único Disciplinario, por cuanto ha sido el legislador quien a través de la Ley 734 de 2002, y luego de su derogatoria a través de la Ley 1952 de 2019, ha establecido como supuesto de hecho que el desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y los de la función administrativa son susceptibles de responsabilidad disciplinaria como falta gravísima.

Ahora bien, esa misma exigencia de reserva legal se cumple formalmente en el hecho de que tanto los principios de la contratación estatal, como los

²¹¹ NIETO, Óp. Cit., p. 219

propios de la función administrativa, son de consagración y desarrollo igualmente mediante ley.

El primer caso queda en evidencia con la Ley 80 de 1993 y la Ley 1150 de 2007, normas jurídicas que prevén como principios: 1. Transparencia, 2. Economía, 3. Responsabilidad, 4. Selección objetiva, y 5. Debido proceso

El segundo caso queda en evidencia con el artículo 209 de la Constitución Política que consagra como principios de la función administrativa: 1. Igualdad, 2. Moralidad, 3. Eficacia, 4. Economía, 5., Celeridad, 6. La Imparcialidad, y 7. Publicidad. A éstos se añaden los previstos en el artículo 3 de la Ley 1437 de 2011 dentro de los cuales se resaltan: 8. El principio del debido proceso, 9. Buena fe, 10. Participación, 11. Responsabilidad, 12. Transparencia, y 13. Coordinación.

Con base en lo expuesto, puede afirmarse que la exigencia formal del mandato de reserva legal se encuentra satisfecha a través de las normas indicadas en precedencia, como lo son la misma Constitución Política, la Ley 80 de 1993, la Ley 734 de 2002, la Ley 1150 de 2007, la Ley 1437 de 2011, y la Ley 1952 de 2019. En sus disposiciones se encuentran formalmente contenidos tanto el supuesto de hecho que se reprocha, como su sanción.

Aunado a lo anterior, es de señalarse que la causal disciplinaria bajo estudio no hace uso del mecanismo de colaboración reglamentaria por cuanto no establece la posibilidad que sean actos administrativos, o en general normas inferiores a la ley, los que vengan a complementar la descripción del tipo o su sanción. Por tanto, no tiene lugar la llamada “reglamentación compartida”

entre un texto legal y una reglamentación administrativa específica²¹² pues es la ley la que se ocupa por sí sola de efectuar la tarea de tipificación sin que el reglamento entre a completar elementos faltantes.

Como conclusión preliminar de lo expuesto, se sigue que el principio de legalidad en lo que se refiere a la garantía de reserva legal no se encuentra matizado en lo que se refiere a la causal disciplinaria de que trata el numeral 31 del artículo 48 del Código Único Disciplinario. Se tiene que la previsión existente mediante norma con fuerza de ley, tanto de la conducta como de la sanción, permite afirmar que la causal disciplinaria bajo estudio cumple con la exigencia *lex previa*.

Ahora bien, frente al mandato de tipificación y dentro de él, la satisfacción de las exigencias de *lex scripta* y *lex certa* que dan lugar a una tipificación suficiente que permite conocer previamente el contenido de la infracción, las consecuencias de incurrir en ella, y con base en dicho conocimiento predeterminar el comportamiento del disciplinable, se tiene que ello solo es determinable cuando se analizan en concreto las remisiones normativas que lleva a cabo la causal disciplinaria. De ese modo, existen tantas remisiones como tantos sean los principios de la contratación estatal y de la función administrativa que establezca la ley, y a los cuales remite el numeral 31 del artículo 48 del Código Único Disciplinario.

Puede observarse que la causal disciplinaria hace uso de tipos en blanco en la medida que la completitud de su contenido se logra a través de la remisión a disposiciones, tanto constitucionales como legales, que consagran a los principios de la contratación estatal así como a los principios de la función

²¹² SANTAELLA, Óp. Cit., p. 152

administrativa. Es del caso recordar, conforme se desarrolló en el Capítulo I, que si bien la remisión suele ser normalmente a un reglamento administrativo, en el presente caso la remisión normativa tiene lugar entre textos que tienen fuerza igual o superior a ley.²¹³

Entre tanto, el hecho de que la causal disciplinaria remita a normas que tienen la estructura de principios jurídicos es un elemento de importancia sustancial en la satisfacción de las garantías de certeza y claridad que se exige frente a la descripción típica de la infracción. Así, de entrada debe señalarse que los principios poseen ciertas características que pueden impedir o dificultar el mandato de tipificación de las faltas disciplinarias cuando éstos son utilizados para describir lo que constituye el ilícito.

Tal y como se desarrolló en el capítulo anterior con apoyo en el trabajo del autor Robert Alexy²¹⁴, un principio es una norma que si bien expresa un enunciado del deber serlo hace a través de expresiones lingüísticas que poseen un alto grado de generalidad, situación que conlleva a que adolezca de indeterminación y vaguedad. Sumado a lo anterior, se tiene que si un principio ordena que algo sea realizado en la mayor medida que sea posible de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas existentes²¹⁵, aplicado lo anterior en materia disciplinaria, no es sencillo encontrar cuál es el punto correcto, claro, unívoco y fuera de controversia o discusión, en el que resulta aceptable la satisfacción de un principio, situación que conduce a otro de los rasgos característicos de los principios y es que ellos son susceptibles de un amplio espectro interpretativo.

²¹³ NIETO, Óp. Cit., p. 276

²¹⁴ ALEXY, Teoría de los derechos fundamentales. Óp. Cit., pp. 83 a 86

²¹⁵ ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Óp. Cit., p. 95

Conforme con lo expuesto, si por un lado un principio señala una finalidad deontológica que debe ser cumplida en la mayor medida posible, pero por otro lado el principio, dada su indeterminación y vaguedad, no tiene como suyo establecer cuál es el grado en que debe ser satisfecho porque es de la esencia del principio jurídico que puede ser materializado en diferentes grados, cómo resulta entonces posible tener certeza y claridad sobre cuándo un principio puede darse como cumplido o incumplido en materia disciplinaria. Siguiendo a Alexy²¹⁶ para dar por insatisfecho, incumplido o desconocido un principio, debe existir una prescripción normativa que establezca cuál es el grado de satisfacción que de él se exige, o bien que describa aquellos eventos concretos en que puede declararse su incumplimiento. En otras palabras, debe existir una regla que atenúe la indeterminación y vaguedad que caracteriza al principio, y con ello, se encargue de definir con claridad y certeza los casos en que puede darse por incumplido.

En sintonía con la argumentación expuesta en precedencia, especialmente la que corresponde al autor Robert Alexy, debe señalarse que la Corte Constitucional profirió la Sentencia C-818 de 2005 con ponencia del Magistrado Rodrigo Escobar Gil, pronunciamiento en el que se sometió a juicio constitucional la causal disciplinaria contenida el precitado numeral 31 del artículo 48 del Código Único Disciplinario. La Corte declaró la exequibilidad condicionada de la disposición por lo que es pertinente analizar a continuación la línea argumentativa de la sentencia, especialmente en lo relacionado a la interacción entre principios y reglas a la hora de servir como instrumentos que tipifican una conducta disciplinaria.

²¹⁶ ALEXY, Teoría de los derechos fundamentales. Óp. Cit., p. 87

En la demanda de inconstitucionalidad se alegó que la causal disciplinaria no cumple con los requisitos de definición de la falta, de modo que por su indeterminación, vaguedad y ambigüedad se deja a la discrecionalidad del operador jurídico la definición de la violación o no de los referidos principios. Así mismo, que dada la estructura de esta clase de normas jurídicas éstas:

(...) tienen por objeto señalar un camino a la administración para que los realice en la mayor medida de lo posible y dentro de las posibilidades jurídicas y reales que se lo permitan, o dicho de otra manera, que se entienda como un propósito de la administración su realización.²¹⁷

De ese modo, se consideró en la demanda que la remisión que hace la causal disciplinaria a principios jurídicos no permite que sea concretada la conducta que se castiga, y en caso que así lo haga el operador, dada la discrecionalidad con la que éste actúa, se viola el principio de legalidad y del debido proceso.

Por su parte, los intervinientes en el proceso constitucional argumentaron, en primer lugar, que la causal disciplinaria no resulta violatoria del principio de legalidad en la medida que ella debe necesariamente complementarse con las normas constitucionales y legales que se encargan de definir y concretar los principios de la contratación estatal y los principios de la función administrativa. En consecuencia, que la causal solo resulta operativa si existen normas legales que desarrollen el contenido normativo de cada principio, traduciéndolos en deberes y/o prohibiciones que sean claros y específicos. Entonces si bien la causal en sí misma es genérica y ambigua,

²¹⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-818 de 9 de agosto de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil

esa situación es la que la hace susceptible de complementación a través del desarrollo legislativo que tenga cada principio.

En segundo lugar, que los artículos 24, 25 y 26 de la Ley 80 de 1993 describen las conductas que desarrollan el contenido de los principios, como es el caso de los de transparencia, economía, y responsabilidad de la contratación estatal. En ese caso, si se está frente a un principio que aún no tenga desarrollo legal, como sucede con varios de los principios de la función administrativa, su incumplimiento no puede ser sancionado.

En tercer lugar, que el operador disciplinario no puede hacer una aplicación directa de los principios previstos en la causal disciplinaria, pues antes de ello debe determinar en cada caso en concreto si se configura o no el tipo disciplinario, tanto en la conducta como en la sanción, de acuerdo con las normas legales que existan al momento de comisión de la infracción. De ese modo, se tiene que la causal disciplinaria constituye un tipo en blanco llamado a ser concretizado en normas legales: el principio es indeterminado, pero es legalmente determinable.

Expuestos los argumentos de la demanda, como los argumentos desarrollados en las intervenciones, la Corte Constitucional desarrolló el siguiente contenido considerativo:

Indicó que de acuerdo con el principio de legalidad, tanto el comportamiento sancionable, como las sanciones, como los criterios para su determinación, y los procedimientos de imposición, deben estar previamente definidos en la ley. Así mismo, que el principio de legalidad incorpora la doble garantía, de *lex previa* como de *lex certa* frente a las conductas que se reputan infractoras

de la función pública y sus consecuentes sanciones. A lo anterior se añade la exigencia de que la tipificación se haga en una norma con rango de ley.

Para la Corte, la positivización del principio de legalidad en el derecho disciplinario se encuentra en: “los artículos 6 y 29 que establecen que los servidores públicos no pueden “ser juzgados sino conforme a las leyes preexistentes”, y que “sólo son responsables por infringir la Constitución y la ley”. En segundo término, su consagración se encuentra en los artículos 122 y 123 que establecen que los servidores públicos en el ejercicio de sus funciones se someten a los comportamientos descritos en la Constitución, la ley y el reglamento y que, en todo caso, “no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en la ley o reglamento”. Y, finalmente, en el artículo 124 que le asigna al legislador la potestad normativa para crear, modificar o derogar el régimen de responsabilidad al que se someten los servidores del Estado. Esta última norma dispone que: “la ley determinará la responsabilidad de los servidores públicos y la manera de hacerla efectiva”.

De esa manera, la Corte señaló que el sujeto disciplinable tiene derecho a conocer previamente cuáles son las conductas que se le prohíben y las sanciones de llegar a incurrir en ellas, ya sea porque estén en la ley o determinadas en una fuente sublegal pero de conformidad con la ley. La Corte ha admitido que en una norma de inferior jerarquía sea posible definir algunos de los elementos del tipo disciplinario, o fijar el alcance de la sanción, siempre que ello esté amparado en una ley.

Además del principio de legalidad, indicó la Corte que también se exige en el derecho disciplinario el respeto por el principio de tipicidad como una garantía propia del debido proceso, sin embargo ello no significa que deba darse el mismo grado de rigurosidad que se predica de dicho principio en el derecho

penal. De allí, la Corte²¹⁸ señala como principales diferencias: “(i) la precisión con la cual deben estar definidas las conductas en las normas disciplinarias, y (ii) la amplitud que goza el fallador disciplinario para adelantar el proceso de adecuación típica de las conductas disciplinarias en los procedimientos sancionatorios.”

En virtud de la primera diferencia, la Corte ha reconocido que son admisibles las faltas disciplinarias que consagren tipos abiertos o conceptos jurídicos indeterminados. Para la Corte, la exigencia consiste en que la forma típica pueda tener un carácter determinable al momento de su aplicación, de modo que es imprescindible que la legislación establezca los criterios objetivos que permitan concretizar la infracción.

Ahora bien, sobre los principios y su aplicación en materia disciplinaria entendida como la posibilidad de que sean usados para la descripción típica de las conductas, la Corte consideró que de acuerdo con Robert Alexy los principios y las reglas son categorías de normas jurídicas, por cuanto ambas comparten la característica de que establecen un deber ser. Por tanto, los principios así como las reglas tienen vocación normativa pues se expresan mandando, permitiendo o prohibiendo, por lo que a través de tal imperativo exigen un determinado comportamiento. La principal diferencia entre principios y reglas consiste en la especificidad de sus órdenes de modo que los principios son normas de organización con las cuales se estructuran las instituciones jurídicas a través de la *condensación de valores éticos y de justicia*. Entre tanto, las reglas establecen normas de conducta bajo la forma de imperativos que deben ser cumplidos exactamente cómo han sido formulados.

²¹⁸ Loc. Cit.

Concluye la Corte Constitucional que mientras las reglas exigen un comportamiento concreto y determinado, los principios van más allá pues trascienden lo concreto y expresan *siempre necesariamente un orden de valores de justicia material*. Dada su triple función como base y fundamento del ordenamiento jurídico, como directriz hermenéutica, y como fuente integradora del derecho, los principios son criterios orientadores para la aplicación de las reglas jurídicas.

De igual forma, los principios en cuanto a su ámbito de aplicación y su eficacia normativa no pueden ser sometidos a las reglas de validez y a las cláusulas de excepción de las reglas jurídicas. De ese modo, los principios tienen un carácter relativo y una naturaleza no cuantificable que impiden una relación de primacía absoluta entre un principio respecto a otro u otros. De lo anterior, se sigue que una regla está sometida a pautas y a criterios con los cuales puede establecerse si es aplicable en un caso en concreto excluyendo a otras, y con ello se aplica o no se aplica, mientras que los principios deben ser ponderados y en ellos se da una “relación de precedencia condicionada” que depende de las circunstancias particulares del caso en concreto.

Sobre ello, la Corte explica que el juicio de ponderación conlleva a que en un caso particular se le otorgue primacía jurídica a un principio respecto a otro, naturalmente la solución no es universalmente aplicable pues depende de las circunstancias fácticas y jurídicas de cada caso. Frente a la problemática anterior, la Corte recuerda que los principios son normas jurídicas que a causa de su carácter general, y esencialmente a causa de su textura abierta, su eficacia depende de la interpretación del contenido del principio en cada caso en concreto. En ese orden, la Corporación rememora esa realidad citando el contenido de la Sentencia T-406 de 1992 M.P. Ciro Angarita Barón:

Los principios fundamentales del Estado son una pauta de interpretación ineludible por la simple razón de que son parte de la Constitución misma y están dotados de toda la fuerza normativa que les otorga el artículo cuarto del texto fundamental. Sin embargo, no siempre son suficientes por sí solos para determinar la solución necesaria en un caso concreto. No obstante el hecho de poseer valor normativo, siguen teniendo un carácter general y por lo tanto una textura abierta, lo cual, en ocasiones, limita la eficacia directa de los mismos.

De esa manera, el principio siempre está sujeto a un margen de interpretación, situación que daría lugar a un poder discrecional por parte del operador disciplinario que resultaría contrario “a la seguridad y certeza que se exige en cuanto a la descripción de las faltas o comportamientos reprochables disciplinariamente, como expresión de los principios constitucionales de legalidad y tipicidad en el ámbito del derecho punitivo del Estado”²¹⁹. Sobre el particular, la Corte resalta que es al legislador a quien le corresponde la obligación de definir previa, taxativa e inequívocamente los tipos sancionatorios y las consecuencias de incurrir en los mismos. En ese sentido, expresó la Corte:

Recuérdese que, como se expuso con anterioridad, las citadas garantías constitucionales, le imponen al legislador la obligación de definir previa, taxativa e inequívocamente las conductas consideradas como ilegales y las sanciones en las que incurrirá, quien comete algunas de dichas conductas prohibidas. De suerte

²¹⁹ Loc. Cit.

que, cuando ello no ocurre así, la norma en cuestión viola la Carta Fundamental, como sucedería de permitirse que la vulneración de un principio por sí sólo, sin más, configure la existencia de una falta disciplinaria, dado que su carácter general y la textura abierta de su contenido normativo, dejaría a la discrecionalidad del investigador la descripción del comportamiento punible.

Para la configuración de una falta disciplinaria, se deben describir en términos absolutos, precisos e incondicionales las conductas que impliquen la existencia de una obligación, deber, prohibición, incompatibilidad o inhabilidad que impidan que el juzgamiento de una persona quede sometido al arbitrio del funcionario investigador. Exigencia que tratándose de los principios no es posible acreditar, pues éstos siempre se expresan a través de mandatos generalizados que contribuyen a la unificación de las distintas instituciones jurídicas que afianzan el sistema normativo.²²⁰

Es imprescindible observar que la Corte Constitucional no señala que los principios deban estar proscritos como formas típicas de las infracciones y sanciones disciplinarias. Lo que señala es que no bastan por sí solos, de modo que resalta el Alto Tribunal que son normas que en materia sancionatoria son susceptibles de ser complementadas.

De esa manera, puede darse la integración jurídica del contenido normativo de los principios mediante: Reglas. A través de ellas se concretan de manera clara e inequívoca las conductas que proscriben el derecho disciplinario.

²²⁰ Loc. Cit.

Ejemplo de la utilización de reglas se observa en el empleo de la técnica de remisión del tipo en blanco o abierto a una disposición que define el *contenido normativo específico mínimo* que garantiza protección contra un ejercicio meramente discrecional del poder disciplinario.

El uso de esa técnica de remisión dota de eficacia jurídica a los principios de la contratación estatal y de la función administrativa cuando son usados para describir faltas disciplinarias. La técnica de remisión permite integrar el contenido normativo de los principios con reglas que concretan el catálogo de las conductas que se estiman disciplinariamente reprochables.

De acuerdo con la Corte entonces si bien en lo disciplinario no se exige el mismo nivel de tipificación de la conducta que se exige en materia penal, ello no significa que sea admisible “la infracción de un principio como único elemento descriptor de un comportamiento constitutivo de falta disciplinaria, pues éste tiene una vocación normativa de carácter general, contraria a la concreción y especificidad que se requiere para la descripción de una falta disciplinaria”²²¹. A causa de la textura abierta del principio, se le daría tal espectro de discrecionalidad al operador disciplinario que se desconocerían los principios de legalidad, tipicidad y reserva de ley.

Conforme con lo dicho, la Corte Constitucional indica que un principio es válido como un “descriptor de un comportamiento constitutivo de falta”²²² si se da alguna de dos (2) condiciones:

²²¹ Loc. Cit.

²²² Loc. Cit.

Uno, que la infracción que tiene su origen en un principio debe tener desarrollo en una norma constitucional de aplicación directa (ej. arts. 126 y 268 CP)

Dos, que dada la generalidad del principio, éste se concrete a través de la técnica del tipo en blanco, de forma que los sujetos disciplinables puedan “conocer de manera clara e inequívoca, los comportamientos reprochables, a partir de la incorporación o remisión legislativa a una disposición de rango legal”²²³.

Para la Corte Constitucional no es posible acudir a normas de inferior jerarquía so pena de comprometer el principio de reserva de ley. En ese orden de ideas, los principios de la contratación estatal y de la función administrativa de que trata la causal disciplinaria establecida en el numeral 31 del artículo 48 del Código Único Disciplinario solo pueden ser complementados en la ley y no en reglamentos o normas de inferior jerarquía:

Así las cosas, esta Corporación concluye que solamente en aquellos casos en que sea posible la concreción de un principio a través de disposiciones de rango legal o de preceptos constitucionales de aplicación directa, se satisface los principios constitucionales que rigen en el derecho punitivo del Estado, y especialmente, en el derecho disciplinario.

(...) tampoco se puede considerar que cualquier regla de la contratación estatal o de la función administrativa sirva para la complementación de dichos principios, pues se llegaría al absurdo

²²³ Loc. Cit.

de que toda disposición o pauta prevista en el ordenamiento jurídico podría constituir una falta gravísima.²²⁴

Para la Corte Constitucional entonces la infracción disciplinaria de un principio solo se da con la complementación de una regla que determine de manera específica el contenido normativo infringido “describiendo con claridad cuál es el deber, mandato o prohibición que fue desconocido por el servidor público o por los particulares en los casos previstos en la ley”²²⁵.

La Corte agrega que en cumplimiento de lo previsto en el artículo 163 del Código Disciplinario Único, en la formulación de la acusación disciplinaria debe señalarse tanto la conducta como la norma que la describe, de modo que no basta con manifestar la vulneración de un principio sino que debe señalarse cuál es su determinación en una disposición de rango legal o en un precepto constitucional de aplicación directa.

Conforme con la argumentación expuesta en precedencia, la Corte Constitucional declaró la constitucionalidad condicionada de la expresión “o desconocimiento de los principios que regulan la contratación estatal y la función administrativa contemplados en la Constitución y en la ley”²²⁶ en el entendido que la conducta constitutiva de la falta gravísima debe ser siempre de carácter concreto y estar descrita en normas constitucionales de aplicación directa o en normas legales que desarrollen esos principios.

Analizada la Sentencia C-818 de 2005, se tiene entonces que es en esa interacción entre principio y regla como son satisfechas las garantías de

²²⁴ Loc. Cit.

²²⁵ Loc. Cit.

²²⁶ Ley 734 de 2002. Artículo 48 numeral 31.

legalidad y tipicidad en materia sancionatoria pues se establece de manera previa (*lex previa*), de manera clara (*lex certa*), y dentro de un texto legal (mandato de tipificación) el grado que se exigía de satisfacción de un principio o los casos concretos y específicos en que puede darse por desconocido.

Tratándose del derecho administrativo sancionador, y con ello el derecho disciplinario, en el capítulo anterior se ahondó en el estudio del principio de legalidad en el ejercicio de la potestad sancionatoria. Se tiene que la causal disciplinaria del numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 claramente se desenvuelve en una tensión entre principios, pues de un lado se encuentra el precitado principio de legalidad y de otro, los principios de contratación estatal y de la función administrativa, los cuales la Ley 734 de 2002 establece que de ser desconocidos se genera responsabilidad disciplinaria.

Retomando a Alexy²²⁷, ambos principios son mandatos de optimización y por tanto, deben ser satisfechos en la mayor forma posible, sin embargo el precitado autor plantea que ante un conflicto entre principios necesariamente uno debe ceder frente al otro aun cuando se reconoce que no se elimina uno para preferir el otro. Con base en este elemento precedente, en lo tocante a la responsabilidad disciplinaria, y tal como lo apuntó la Corte Constitucional, será el desarrollo legislativo que tenga cada principio de la contratación estatal o de la función administrativa, el factor que determine si éstos han primado o si ha sido el principio de legalidad el que ha tenido preponderancia.

Tal y como se desarrolló en el capítulo precedente, y como lo recoge en sus consideraciones la Sentencia C-818 de 2005, el derecho administrativo sancionador intenta conciliar dos aspectos: 1. La eficiencia y buen

²²⁷ ALEXY, Óp. Cit., p. 89

funcionamiento de la Administración Pública, y 2. Las garantías fundamentales de la persona investigada; de ese modo que se le dé mayor peso a la observancia de los principios de la contratación estatal y de la función administrativa, o que se le dé mayor protagonismo al principio de legalidad en el ejercicio de la facultad disciplinaria, dependerá de cada remisión normativa que en concreto efectúe el precitado numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002, remisión normativa que está directamente relacionada con el estado del desarrollo legislativo que tengan el principio a la hora de concretarse mediante normas constitucionales de aplicación directa o normas legales (reglas) según lo considerado previamente por la Corte Constitucional.

Con tal propósito, a continuación se lleva a cabo la consideración de dos remisiones normativas y son las que se hacen al principio de selección objetiva (Artículo 5 de la Ley 1150 de 2007) y al principio de moralidad (Numeral 5 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011). Conforme con lo expuesto en precedencia, se tiene que la perspectiva del análisis se desdobra en dos, en primer lugar, el cumplimiento del mandato de tipificación de cara a las exigencias de la tipificación suficiente, así como la inteligibilidad de la conducta que permite al administrado programar su comportamiento ante la amenaza de la sanción²²⁸. En segundo lugar, se analizará la interacción que se da entre el principio de legalidad cuando a su vez la descripción típica de una infracción tiene lugar con otro principio jurídico.

²²⁸ NIETO, Óp. Cit., p. 297

I. PRINCIPIO DE LA SELECCIÓN OBJETIVA

El artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 establece que es objetiva la selección en la cual la escogencia se hace frente al “ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca” sin que en ello se tengan en consideración factores de afecto o de interés o motivación subjetiva. A continuación, la disposición normativa se ocupa de establecer en cuatro numerales y en cinco párrafos cuáles son las reglas que permiten determinar cuál es la oferta más favorable para la entidad y para los fines que ella busca.

Como se puede observar en la disposición normativa, ésta incorpora un componente finalístico al señalar que la escogencia debe hacerse “al ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella busca”. Evidentemente el espectro interpretativo que se abre es muy amplio dada la textura abierta de la redacción, de su vaguedad y su indeterminación. Aplicada la tesis de Alexy, se vislumbra que el principio de selección objetiva podría ser satisfecho en diversos grados de acuerdo con lo que en un momento dado se valore o se interprete sobre qué constituye el ofrecimiento más favorable a una entidad y a los fines que ella busca.

Sin embargo, esa indeterminación y generalidad del componente finalístico del principio se ven atenuadas cuando la disposición normativa se ocupa de establecer criterios objetivos, o si se quiere las reglas, por medio de las cuales se determina cuál es el ofrecimiento más favorable a la entidad y a los fines que ella persigue.

La primera regla que atenúa la textura abierta indica que en la escogencia no deben tenerse en cuenta factores de afecto, de interés o de motivación subjetiva.

En la segunda regla, se establece que la propuesta debe cumplir con las condiciones de capacidad jurídica, así como las propias a experiencia, capacidad financiera y de organización, condiciones que en todo caso deben ser adecuadas y proporcionales a la naturaleza y valor del contrato.

La tercera regla probablemente es la más certera a la hora de concretar la finalidad que persigue el principio y es que expresamente indica que debe entenderse como la oferta más favorable aquella que de acuerdo con los factores técnicos y económicos de escogencia, y la ponderación precisa y detallada de los mismos contenida en los pliegos de condiciones, resulta ser la más ventajosa para la entidad. La norma expresamente señala que la favorabilidad la determinan exclusivamente los factores que se encuentran contenidos en los pliegos de condiciones, ningún otro factor puede ser tenido en cuenta. A continuación, la disposición normativa señala que en los contratos de obra pública el menor plazo no será objeto de evaluación, y paso seguido establece la forma cómo deben ser llevadas a cabo las comparaciones entre ofertas: el cotejo de los ofrecimientos y la consulta de precios y de las condiciones del mercado.

La cuarta regla se ocupa de establecer dos criterios con los cuales se determina cuál es la oferta más favorable en procesos de selección en donde intervienen factores técnicos y económicos: “a) La ponderación de los elementos de calidad y precio soportados en puntajes o fórmulas señaladas en el pliego de condiciones; o b) La ponderación de los elementos de calidad y precio que representen la mejor relación de costo-beneficio para la entidad.”

La quinta regla establece que el precio es el factor que determina cuál es la oferta más favorable en procesos de contratación para la adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, siempre que se encuentren cumplidas las condiciones de capacidad jurídica, de experiencia y de capacidad financiera y de organización.

La sexta regla se dirige a los procesos de selección de consultores respecto a los cuales se indica que, a diferencia de lo que ocurre en los de adquisición de bienes y servicios de características técnicas uniformes y de común utilización, el precio no puede ser utilizado como criterio de escogencia. De esa manera, la disposición normativa establece que en el caso de selección de consultores debe hacerse uso de factores de calificación que valoren los aspectos técnicos de la oferta o proyecto, pudiéndose utilizar también el criterio de experiencia específica del oferente y del equipo de trabajo en el campo que sea requerido.

La séptima regla establece que todos aquellos requisitos y documentos de la propuesta que falten, y siempre que no afecten la asignación de puntaje, deben ser solicitados por la entidad estatal y deben ser entregados por los proponentes. Si éstos últimos no suministran la información y documentación solicitada por la entidad en el plazo previsto, sus ofertas serán rechazadas. Igualmente establece que en la subsanación de las ofertas los proponentes no pueden acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.

La octava regla establece que las certificaciones de sistemas de gestión calidad no pueden ser objeto de calificación ni pueden establecerse como documento habilitante para poder participar en procesos de selección.

La novena regla establece que si no se entrega la garantía de seriedad junto con la propuesta dicha situación no es subsanable y por tanto es causal de rechazo.

La décima regla señala que en el caso de procesos de selección donde se utilice el proceso de subasta, los documentos que no sean necesarios para la comparación de las propuestas deben ser solicitados hasta el momento previo a su realización.

Finalmente, la undécima regla contempla que las entidades estatales deben aceptar en los procesos de contratación la experiencia adquirida por los proponentes mediante la ejecución de contratos con particulares.

Con base en lo expuesto, se evidencia que el principio de selección objetiva no se queda únicamente en el establecimiento de una finalidad genérica e indeterminada que debe ser cumplida por parte de las entidades sometidas al Estatuto General de Contratación Pública. Además de consagrar que ellas deben escoger el ofrecimiento “más favorable” para la entidad de acuerdo con los diversos fines que ellas persiguen, la norma se encarga de establecer criterios que cumplen razonablemente con fijar condiciones objetivas, claras y ciertas para la evaluación de las propuestas. En otras palabras, así como el principio de selección objetiva señala la finalidad a la que apunta, en su desarrollo normativo se incluyen las reglas que permiten conocer qué debe entenderse por la oferta más favorable a la entidad.

Sobre este aspecto, y acudiendo a la clasificación de principios trazada por Atienza basándose en la obra de Robert Alexy, se tiene que el principio de selección objetiva previsto en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, y las reglas que éste incorpora, poseen las siguientes características:

El principio de selección objetiva comporta un sentido de norma programática o directriz²²⁹ en la medida que se propone la realización de una finalidad: la escogencia de la oferta más favorable para la entidad de acuerdo con los fines que a ella se le confían. Así mismo, el principio tiene esa connotación al incorporar el programa o las instrucciones con las cuales dicha finalidad puede ser cumplida.

En todo caso, dado que es de la esencia conceptual de un principio ser un mandato general e indeterminado, así existan reglas que atenúen su textura abierta a efectos de determinar cómo debe ser satisfecho, pueden seguir presentes ciertos rasgos de vaguedad, la cual se entiende como un:

(...) ámbito de indeterminación semántica frente a la cual es difícil efectuar una identificación entre un caso y el supuesto de hecho previsto en la misma, por lo que aparecen o pueden aparecer casos limite o dudosos, que no están claramente excluidos ni incluidos en la norma.²³⁰

De esa manera, pese a que el principio de selección objetiva incorpora reglas, es posible que en los casos en que se evalúa disciplinariamente si éste ha

²²⁹ ATIENZA, Manuel. Sobre principios y reglas. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Núm. 10, 1991. p. 104 <http://www.cervantesvirtual.com/obra/sobre-principios-y-reglas-0/>

²³⁰ RUIZ RUIZ, Ramón. La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho. Derecho y Realidad Núm. 20 II Semestre de 2012. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC. p. 146 y 147

sido satisfecho o no por un servidor público, puedan presentarse casos límite o dudosos respecto de los cuales no existe certeza suficiente sobre si están contenidos o no en la causal disciplinaria.

Conforme con lo expuesto, debe advertirse que si bien las once reglas del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 reducen ampliamente la indeterminación semántica de lo que debe entenderse por selección objetiva y el modo de arribar a ella, éstas no llegan al punto de eliminar completamente la textura abierta del principio.

Ahora bien, frente a la distinción que puede darse frente a la finalidad que incorpora el principio y las reglas para materializarla, se tiene que de acuerdo con Atienza la distinción se puede dar desde dos enfoques: el estructural y el funcional²³¹.

Tratándose de las reglas analizadas esa dimensión funcional es determinante en el sentido que constituyen razones perentorias, es decir, mandan la acción exigida y suprime cualquier deliberación por parte del destinatario sobre los argumentos a favor o en contra de ejecutar esa acción. De ese modo, si se da el supuesto de hecho que exige la regla, el operador jurídico debe aplicarla con independencia de si está de acuerdo con las razones de ella²³². Las reglas del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 cumplen con esa connotación y pueden señalarse como ejemplos las siguientes:

- Que la capacidad jurídica y las condiciones de experiencia, capacidad financiera y de organización son requisitos habilitantes.

²³¹ ATIENZA, Óp. Cit., p. 107

²³² RUIZ, Óp. Cit., p. 151

- Que en los contratos de obra pública el menor plazo ofrecido no sea objeto de evaluación.
- Que tratándose de adquisición o suministro de bienes y servicios de características técnicas uniformes y común utilización, el precio será el único factor de evaluación.
- Que en los procesos de selección de consultores, el precio no podrá ser incluido como factor de escogencia.
- Que en el término dado para la subsanación de las ofertas, los proponentes no tienen permitido acreditar circunstancias ocurridas con posterioridad al cierre del proceso.
- Que las certificaciones de sistemas de gestión de calidad no pueden ser objeto de calificación ni pueden ser establecidas como un documento habilitante.
- Que la no entrega de la garantía de seriedad junto con la propuesta es un hecho que no es susceptible de subsanación y se constituye como una causal de rechazo.
- Que está permitido en el mecanismo de subasta que los documentos referentes a la contratación o al proponente, siempre que no sean necesarios para la comparación de las propuestas, puedan ser solicitados hasta el momento previo a su realización.
- Que debe ser aceptada la experiencia que hayan adquirido los proponentes en la ejecución de contratos con particulares.

Entonces, como puede observarse en cada una de ellas, si se da el supuesto de hecho previsto en la regla, no existe margen de consideración valorativa para que la entidad pública contratante omita aplicar la consecuencia jurídica prevista. Tal cual como lo señaló Alexy²³³, las reglas anteriormente expuestas

²³³ ALEXY, Óp. Cit., p. 86 y 87

se aplican bajo una lógica de todo o nada, es decir, o está dado el hecho y por tanto se aplica la consecuencia prevista (ejemplo: no se entregó junto con la propuesta la correspondiente garantía de seriedad, luego se procede a su rechazo) o no se da el hecho y por tanto la consecuencia jurídica no tiene lugar (sí se entregó junto con la propuesta la garantía de seriedad y por tanto no hay lugar a rechazo).

Es por ello que conceptualmente las reglas que contiene el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007, las cuales desarrollan el principio de selección objetiva, tienen la connotación conceptual de razones perentorias por cuanto ordenan, suprimiendo deliberaciones acerca de la conveniencia o no de darles cumplimiento. Las reglas deben ser observadas en el rigor en que han sido establecidas en la ley, de modo que es indiferente si el operador jurídico está o no de acuerdo con ellas.

Dada la técnica de remisión que aplica el numeral 31 del artículo 48 del Código Único Disciplinario a los principios de la contratación estatal, y dado que el de selección objetiva es uno de ellos, se tiene que las reglas que establece el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 en tanto que se constituyen en razones perentorias que mandan una acción sin que en su cumplimiento se entrecrucen valoraciones subjetivas sobre la conveniencia de su acatamiento, completan efectivamente a la causal disciplinaria y cumplen con las condiciones del mandato de tipificación y sus vertientes de *lex certa* y *lex scripta*.

En primer lugar, porque dada la claridad y certeza de su redacción otorgan suficiente seguridad jurídica para diferenciar la frontera que separa lo lícito de lo ilícito en la escogencia de una propuesta en un proceso de selección pública. Un ejemplo evidente de lo anterior, es la regla que establece que la

favorabilidad la determinan exclusivamente los factores que se encuentran contenidos en los pliegos de condiciones y que ningún otro factor puede ser tenido en cuenta. De esa manera, si se somete a juicio si una determinada oferta escogida era en realidad la más favorable, el marco de análisis de dicha situación ya ha quedado atado a la revisión de los parámetros que establecieron los pliegos de condiciones.

De esa forma, se evidencia que las reglas analizadas atenúan el margen de interpretación subjetiva, no solo en el proceso de selección de una oferta, sino también cuando dicho proceder es sometido a juicio disciplinario. En ese orden de ideas, las reglas del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 cumplen con una doble función, por un lado, definen las directrices sobre cómo debe proceder el funcionario responsable del proceso de selección, por otro lado, esas mismas reglas constituyen el marco que en materia disciplinaria debe ser observado si se somete a juicio el proceder del referido funcionario. Con base en lo expuesto, se cumple lo señalado por Nieto²³⁴ y es que cuanto más precisa es una ley, de menos margen de discrecionalidad su intérprete dispone, ya sea que por intérprete se tenga al funcionario responsable del proceso de contratación, o ya sea que por intérprete se tenga a su juez disciplinario.

En segundo lugar, dada la claridad y certeza de que goza el principio de selección objetiva a través de las reglas que lo desarrollan, se tiene que el derecho disciplinario se encuentra en condiciones de lograr su cometido, pues dada la certidumbre de los mandatos prescritos, como por ejemplo sobre cuando el precio es o no criterio de escogencia del contratista, el funcionario responsable del proceso de selección puede razonablemente

²³⁴ NIETO, Óp. Cit., p. 202

programar su comportamiento²³⁵ y con base en ello se encuentra en una situación en la que conoce en debida forma las consecuencias de inobservar lo ordenado en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007. Tampoco presta dificultad saber que si en un proceso de selección de consultores se incluye el precio como factor de selección, se incurre claramente en responsabilidad disciplinaria dado el binomio que constituye la regla que prohíbe tal proceder en el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 con la causal disciplinaria del numeral 31 del artículo 48 del Código Único Disciplinario.

En el ejemplo anterior, es claro que se cumple con el mandato de tipificación pues no hay lugar a una indeterminación de la conducta, ni de su sanción de modo que no se abre a favor del funcionario disciplinario un espectro inconmensurable de discrecionalidad. Se concluye que ante la certeza que generan las reglas que desarrollan al principio de selección objetiva, puede cumplirse válidamente el fin del derecho administrativo sancionador y con ello del derecho disciplinario: que sea la simple amenaza de la sanción, y no su imposición, la que contribuya al eficaz acatamiento de los deberes y prohibiciones del servidor público²³⁶.

En tercer lugar, la certidumbre y claridad de las reglas del artículo 5 de la Ley 1150 de 2007 permiten en principio concluir que si el funcionario responsable de las mismas las vulneró, dada la certeza que comportan las mismas en su descripción textual, lo hizo conociendo o debiendo conocer de las consecuencias disciplinarias de dicho proceder. De esa forma, y citando a Alejandro Nieto²³⁷, las reglas que incorpora el principio de selección objetiva ciertamente preexisten al hecho materia de una eventual infracción e

²³⁵ Ibíd. p. 297

²³⁶ Ibíd. p. 34

²³⁷ Ibíd. p. 202

imposición de sanciones disciplinarias, de ese modo, la descripción clara y certera de los criterios para la escogencia de una propuesta se encuentran como una garantía para el funcionario responsable del proceso de selección, de forma tal que se encuentra en condiciones suficientes para decidir si acomoda su conducta a lo previsto en la norma o no. El carácter previo de la causal disciplinaria (numeral 31 del artículo 48 de la ley 734 de 2002) y la claridad de la norma que completa su contenido (artículo 5 de la Ley 1150 de 2007) se constituyen en un serio elemento de juicio para advertir que si tiene lugar el comportamiento proscrito, éste hubo de ocurrir de manera consciente.

En ese orden de ideas, se tiene que la causal disciplinaria de cara al principio de selección objetiva realiza la dupla tipicidad – legalidad que sirve de garantía atenuando el espectro de incertidumbre que puede generar un amplio rango de interpretación en manos del operador disciplinario. Tratándose del principio bajo estudio se cuentan con las condiciones formales y materiales para poder anticipar cual será la respuesta de la autoridad disciplinaria si se desconocen los criterios desarrollados por la ley para la escogencia de lo que debe entenderse como la oferta más favorable para la entidad y los fines que ella persigue. Esa respuesta disciplinaria es la imputación de una falta gravísima.

Con base en el análisis efectuado en precedencia, sobre la causal disciplinaria del numeral 31 del artículo 48 del Código Único Disciplinario frente al principio contractual de selección objetiva, se concluye que el binomio que constituyen esas dos disposiciones normativas es completo pues se encuentra dotado de los elementos que aseguran su efectividad, de

allí que satisface las exigencias de: 1. Ser inteligible y 2. Ser potencialmente operativo.²³⁸

Dicho lo anterior, la tensión que se presenta cuando dos principios se encuentran involucrados (en este caso, el principio de legalidad en el derecho sancionatorio y el principio de selección objetiva propio de la contratación estatal) fue resuelta directamente por la ley, pues está en la consagración del principio de selección objetiva se ocupó de establecer las reglas concretas y específicas sobre cómo éste se entiende satisfecho por parte del servidor público. Tal y como lo advirtió Alexy, se evidenció que la satisfacción de un principio no implicó la eliminación del otro sino que tanto el principio de legalidad, como el principio de selección objetiva, coexisten de manera equilibrada mediante la inserción de reglas que establecieron la forma de satisfacción de la selección objetiva, y al mismo tiempo, definieron los supuestos de hecho en que puede existir responsabilidad disciplinaria.

Lo anterior resulta igualmente acorde con la finalidad que se persigue con la modalidad de la técnica de la remisión normativa ante tipos disciplinarios en blanco. Como se vio en las primeras líneas del presente capítulo, en el presente caso no puede hablarse del mecanismo de la colaboración reglamentaria en la medida que no son actos administrativos o normas inferiores a la ley los instrumentos llamados a completar la causal disciplinaria del numeral 31 del artículo 48 del Código Único Disciplinario.

En ese sentido, no puede con rigurosidad afirmarse que el principio de legalidad ha sido objeto de una atenuación o de una matización²³⁹ pues sigue siendo una norma con fuerza de ley (el artículo 5 de la Ley 1150 de 2007) la

²³⁸ Ibíd. p. 44

²³⁹ Ibíd., p. 205

que asume la tarea de completar el contenido típico de la infracción disciplinaria. En ese orden de ideas, simplemente se está ante un caso de remisión de una ley a otra en la cual se logra que el objeto de prohibición tenga certidumbre suficiente a través de unas reglas que se encargan de desarrollar el principio jurídico cuyo desconocimiento es sancionado disciplinariamente.

II. PRINCIPIO DE MORALIDAD

El principio de moralidad en la función administrativa hace parte de los principios cuyo desconocimiento sanciona el artículo 48 numeral 31 del Código Único Disciplinario. Dicho principio se encuentra consagrado en el artículo 209 de la Constitución Política y en el artículo 3 numeral 5 de la Ley 1437 de 2011 en los siguientes términos:

Constitución Política. Artículo 209. La función administrativa está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones.

Ley 1437 de 2011. Artículo 3. Principios. Todas las autoridades deberán interpretar y aplicar las disposiciones que regulan las actuaciones y procedimientos administrativos a la luz de los principios consagrados en la Constitución Política, en la Parte Primera de este Código y en las leyes especiales.

Las actuaciones administrativas se desarrollarán, especialmente, con arreglo a los principios del debido proceso, igualdad, imparcialidad,

buena fe, moralidad, participación, responsabilidad, transparencia, publicidad, coordinación, eficacia, economía y celeridad.

(...)

5. En virtud del principio de moralidad, todas las personas y los servidores públicos están obligados a actuar con rectitud, lealtad y honestidad en las actuaciones administrativas.

Como puede observarse, el principio incorpora un componente finalístico cuando señala que en las actuaciones administrativas, los servidores públicos deben actuar con rectitud, lealtad y honestidad. Sin embargo, la disposición legal que lo desarrolla, esto es el numeral 5 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, no se ocupa de establecer los criterios por medio de los cuales se determina qué debe entenderse por rectitud, lealtad y honestidad. En ese orden de ideas, el principio de moralidad impone una finalidad, pero no el modo concreto para satisfacerla.

Consecuencia de lo anterior, es que el espectro interpretativo que se abre frente a tales nociones es muy amplio por lo que no se cuenta con una certeza razonable a la hora de establecer qué conductas constituyen una omisión a los referidos mandatos de rectitud, lealtad y honestidad.

Siguiendo a Alexy, dada la profunda indeterminación de que adolece el principio de moralidad se tiene que son múltiples los grados en que dicho principio puede ser satisfecho, y al carecer de reglas que permitan concretar una frontera entre lo lícito y lo ilícito, el intérprete que juzgue su acatamiento en materia disciplinaria dispondrá de una alta discrecionalidad. A la par, el funcionario de quien se predica la obligación de acatar el principio de

moralidad no cuenta con condiciones objetivas y certeras para conocer de antemano qué criterios determinan cuando se incurre en un desconocimiento del principio y cuando no.

Por las circunstancias anteriores, se tiene que el principio de moralidad a diferencia de lo que se vio con el principio de selección objetiva, no puede ser catalogado como norma programática o directriz²⁴⁰ pues no propone el programa o las instrucciones con las cuales la finalidad que se persigue puede ser cumplida.

Dada la indeterminación semántica de la moralidad, se sigue que es difícil efectuar una identificación entre un caso y el supuesto de hecho exigido de allí que muy probablemente surjan casos que no estén ni incluidos, ni excluidos con claridad²⁴¹ de cara a la textura abierta del numeral 5 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011.

Tratándose de la distinción funcional²⁴² en la medida que no existen reglas que concreticen el contenido del principio de moralidad, no puede afirmarse que la finalidad que éste persigue se encuentra acompañada de las denominadas razones perentorias. No hay reglas específicas que ordenen una acción concreta al destinatario de la disposición de modo que se excluya la deliberación sobre la conveniencia de su acatamiento. Es de recordar que dichas reglas de acuerdo con Alexy²⁴³ se aplican bajo una lógica de todo o nada, de modo que dado el supuesto de hecho se aplica la consecuencia jurídica prevista. En la textura abierta que comporta el principio de moralidad,

²⁴⁰ ATIENZA, Óp. Cit., p. 104

²⁴¹ RUIZ, Óp. Cit., p. 146 y 147

²⁴² ATIENZA, Óp. Cit., p. 107

²⁴³ ALEXY, Óp. Cit., p. 86 y 87

en sentido estricto no se incorpora disposición alguna que tenga la estructura condicional de supuesto de hecho y consecuencia jurídica.

Conforme con lo expuesto, la remisión que lleva a cabo el numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 al principio de moralidad, no completa efectivamente una causal disciplinaria que cumpla razonablemente con el mandato de tipificación y sus garantías de *lex scripta* y *certa*. No existe la claridad y certidumbre que proporciona seguridad jurídica a la hora de determinar cuál es el grado en que se entiende satisfecho el principio a efectos disciplinarios, o bien los casos que determinan su incumplimiento. A diferencia de lo que se observó con el principio de selección objetiva, tratándose de la moralidad en la función administrativa no puede hablarse que existan reglas que cumplan con la doble función, de por un lado, definir las directrices sobre cómo debe proceder un servidor público para entender que lo ha hecho con rectitud, lealtad y honestidad, y por otro, que constituyan el marco que en materia disciplinaria debe ser observado si se somete a juicio el proceder del referido funcionario.

Así mismo, uno de los aspectos más preocupantes que genera la indeterminación y vaguedad de la moralidad consiste en que dada su ausencia de claridad y certeza, el derecho disciplinario no se encuentra en condiciones de lograr su cometido. Dada la incertidumbre de la que adolece, el servidor público no se encuentra propiamente en condiciones objetivas por medio de las cuales pueda programar o predeterminar su comportamiento²⁴⁴ es decir, no existe una amenaza que se cierna sobre conductas concretas y específicas que efectivamente lastiman la moralidad administrativa. Contrario a ello, las conductas que pueden ser sancionadas son multiformes,

²⁴⁴ NIETO, Óp. Cit., p. 297

incluyendo aquellas que realmente no ameritan sanción disciplinaria pero que quedan sujetas al parecer abiertamente discrecional del operador disciplinario.

Con base en lo anterior, como la amenaza disciplinaria frente al principio de moralidad es indiscriminada, el propósito que en teoría se persigue²⁴⁵ queda en entredicho, pues por miedo a la sanción el funcionario puede terminar absteniéndose de ejecutar acciones que en realidad contribuyen al interés público y a la eficiencia de la función administrativa.

Otro aspecto sustancial que se ve seriamente comprometido con la indeterminación del principio de moralidad consiste en que no resulta fácilmente posible concluir que si un funcionario incurrió en su desconocimiento, lo hizo precisamente conociendo o debiendo conocer que su conducta generaba esa violación. Como se vio en el caso del principio de selección objetiva, dada la claridad de sus reglas, se seguía una alta certeza cuando un funcionario las omitía pues con alta probabilidad lo hacía sabiendo, o debiendo saber, de lo ilícito de su proceder. En el caso de la moralidad, dada la inexistencia de reglas que determinen el grado en que el principio debe ser satisfecho, o los casos en que éste se entiende desconocido, el aspecto volitivo por medio del cual se reputa que incurre en una infracción con conocimiento y voluntad, también se encuentra comprometido.

Conforme con los aspectos precedentes, se tiene que la causal disciplinaria de cara al principio de moralidad no realiza efectivamente la dupla legalidad – tipicidad, pues no atenúa razonablemente el espectro de incertidumbre con lo cual se genera un amplio rango de subjetividad que se traduce en un alto

²⁴⁵ *Ibíd.*, p. 34

componente interpretativo y de discrecionalidad en manos del operador disciplinario. No se cuentan con las condiciones formales y materiales necesarias para poder anticipar cual será la respuesta de la autoridad disciplinaria ante una acción determinada en que pueda considerarse involucrada la moralidad administrativa.

En mérito de lo anterior se concluye que el binomio que se forma entre la causal disciplinaria del numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 con el principio previsto en el numeral 5 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, no satisface las exigencias de: 1. Ser inteligible y 2. Ser potencialmente operativo.²⁴⁶

Entonces la tensión presente entre el principio de legalidad con su vertiente material de tipicidad, y el principio de moralidad no ha sido resuelta por la ley de modo que ésta consagre reglas concretas y específicas que determinen cómo dicho principio de la función administrativa se entiende satisfecho por el servidor público. Dada esa ausencia, si bien podría señalarse que el principio de moralidad conserva toda su intensidad, de cara al principio de legalidad éste último puede llegar a sufrir un sacrificio absoluto al poder ser cercenadas las garantías de claridad y certeza que se exigen en la descripción de una conducta disciplinaria. Las nociones de rectitud, lealtad y honestidad de que trata la moralidad administrativa no son definidas previamente en la ley, son definidas bajo el juicio subjetivo y discrecional del operador disciplinario, situación que compromete el núcleo esencial de las garantías fundamentales de la persona disciplinable.

²⁴⁶ *Ibíd.*, p. 44

A lo anterior, se suman las consideraciones desarrolladas por la Corte Constitucional en la Sentencia C-818 de 2005 de cara al desarrollo legislativo que comporta el principio de moralidad:

En primer lugar, como en la remisión a dicho principio no se arriba a una disposición que establezca normas constitucionales de aplicación directa o normas legales que definan el “contenido normativo específico mínimo”²⁴⁷ que garantiza a los disciplinables la debida protección contra la arbitrariedad, se tiene que la técnica de remisión en el presente caso no dota de efectividad a los principios de la función administrativa, así como tampoco permite concretar un catálogo de conductas que se estiman por el legislador como disciplinariamente sancionables.

En segundo lugar, y atado a lo anterior, que el principio de moralidad no cumple con ninguno de los dos criterios con las cuales la Corte Constitucional declaró la exequibilidad condicionada de la causal disciplinaria. Esto es, no cumple con tener desarrollo en una norma constitucional de aplicación directa, ni cumple con concretar los comportamientos “de manera clara e inequívoca, los comportamientos reprochables, a partir de la incorporación o remisión legislativa a una disposición de rango legal”²⁴⁸.

Debe recordarse que conforme con la sentencia de constitucionalidad, no es posible que los principios cuyo desconocimiento sanciona el numeral 31 del artículo 48 del Código Único Disciplinario, se completen o concreten con normas de inferior jerarquía a la ley. Por ello, dado el incipiente desarrollo legislativo que tiene por el momento el principio de moralidad, se tiene que

²⁴⁷ Corte Constitucional, Sentencia C-818 de 9 de agosto de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil

²⁴⁸ Loc. Cit.

de conformidad con la Sentencia C-818 de 2005, éste actualmente no podría ser objeto de reproche disciplinario al carecer de reglas constitucionales o legales que establezcan con claridad las conductas que dan lugar a su omisión.

Efectuado en los términos anteriores el correspondiente análisis de los principios de selección objetiva y de moralidad respectivamente, es dable señalar frente a la causal disciplinaria del numeral 31 del artículo 48 del Código Único Disciplinario que no satisface totalmente las exigencias del principio de legalidad en materia disciplinaria de cara al núcleo esencial de los derechos fundamentales de las personas disciplinables. Con ello, la satisfacción que en concreto debe darse al mandato de tipificación, con sus garantías de *lex certa* y *scripta*, dependerá de cada remisión normativa hecha a cada principio constitucional o legalmente existente sobre la contratación estatal o sobre el ejercicio de la función administrativa.

Evidencia de que la causal disciplinaria satisface de manera parcial al principio de legalidad, y en específico al mandato de tipificación, la constituye la misma existencia de la Sentencia C-818 de 2005 que paradójicamente tuvo que introducir una regla, para salvaguardar las referidas garantías fundamentales: solo es procedente la sanción disciplinaria por el desconocimiento de un principio si éste posee un desarrollo legislativo que determine de manera clara y certera cuales son las conductas que dan lugar a su vulneración.

Lo anterior no es más sino la confirmación de la tesis de Robert Alexy según la cual para dar por insatisfecho un principio debe precisarse el grado que se exigía frente a su cumplimiento, o bien, debe darse la determinación de los casos en que se entiende que éste ha sido desatendido.

Es llamativo que a pesar de que la Corte Constitucional introdujo la anterior regla desde el año 2005 con su declaratoria de exequibilidad condicionada, la causal disciplinaria del numeral 31 del artículo 48 de la Ley 734 de 2002 se haya mantenido en idéntica forma en el numeral 3 del artículo 54 de la Ley 1952 de 2019. En todo caso, como la causal disciplinaria se conserva igual, se mantiene incólume la cosa juzgada constitucional sobre la misma (artículo 243 CP) y con ello la exequibilidad condicionada que sobre ella pesa.

Con el caso analizado del principio de moralidad se deja en evidencia que no puede afirmarse que el Legislador cumplió con el deber de efectuar una tipificación suficiente, ni de ser inteligible para sus destinatarios y con ello, permitirles poder predeterminar razonablemente su comportamiento para contribuir a que se logren los fines de la contratación estatal y de la función administrativa. El espectro interpretativo y discrecional que se abre para el operador disciplinario en el caso de los principios que no tienen un desarrollo legislativo a través de reglas que concreten las conductas disciplinarias es muy amplio, de modo que tal estado de cosas propicia la arbitrariedad. Tal y como lo advirtió la Corte Constitucional, un principio no puede ser el “único elemento descriptor de un comportamiento constitutivo de falta disciplinaria, pues éste tiene una vocación normativa de carácter general, contraria a la concreción y especificidad que se requiere para la descripción de una falta disciplinaria”²⁴⁹.

Entorno a la pregunta si es compatible el principio de legalidad con una causal disciplinaria que a su turno sanciona el desconocimiento de otros principios, como lo son los de la contratación estatal o los de la función administrativa,

²⁴⁹ Loc. Cit.

la respuesta está dada en el análisis efectuado al principio de selección objetiva y es que sí es posible dicha compatibilidad. Sin embargo, está condicionada a que el principio se concrete a través de reglas que permitan identificar cuál es el grado que se exige de su cumplimiento, o bien establezcan los casos en que se entiende legalmente que el principio ha sido desconocido.

Como la regla introducida con la Sentencia C-818 de 2005 se encuentra vigente, se tiene que si un principio de contratación estatal o de la función administrativa tiene un desarrollo constitucional y legal incipiente, que no permite determinar una conducta en concreto, no es posible que dicho principio dé lugar a una sanción disciplinaria bastando solo el mismo.

En todo caso, si se da el caso contrario y el desarrollo legislativo del principio consagra reglas que materializan los mandatos de *lex scripta* y *certa* se tiene que la causal disciplinaria resulta eficazmente operativa en la medida que ésta se traduce en deberes y/o prohibiciones claras y específicas.

De esa forma, el derecho disciplinario confía en que con la simple amenaza de sanción, se logre que los referidos deberes y prohibiciones sean acatados por parte de los servidores predeterminando su conducta hacia las finalidades que persigue la función pública.

CONCLUSIONES

La aplicación de las garantías que se exige con total rigor en la óptica del derecho penal se ve matizada en el derecho administrativo sancionador habida cuenta de la responsabilidad que tienen las entidades públicas de

asegurar la satisfacción del interés general a través del ejercicio eficaz de sus funciones y competencias.

Esa matización corresponde a un proceso de carácter valorativo a cargo del legislador que se desprende del hecho que entre el ilícito penal y el ilícito administrativo no existe una diferenciación ontológica o conceptual. En todo caso, la atenuación de las garantías individuales en el derecho administrativo sancionador no puede entenderse como una eliminación del derecho al debido proceso pues es el núcleo esencial de dicho derecho fundamental el que determina qué intensidad debe ser reconocida frente a las garantías que lo componen.

Una de las garantías que se exigen en el desenvolvimiento de la potestad sancionadora del Estado es el principio de legalidad el cual se desdobra en un componente formal y en un componente material. De esa forma, se exige que exista en una norma con rango de ley (vertiente formal) y de forma previa (lex previa), la tipificación de la conducta que constituye un ilícito y su sanción (vertiente material) y que esa norma cumpla de manera razonable con hacer una descripción (lex scripta) que sea clara para los ciudadanos a los que se dirige, de modo tal, que puedan conocer razonable y claramente lo qué está proscrito, y que de incumplirlo, habrá lugar a sanción (lex certa).

Dada la enorme variedad de sectores que hoy se encuentran regulados en el derecho administrativo, son múltiples las conductas que deben ser objeto de atención. Esa realidad fáctica a la que se enfrenta el derecho administrativo implica que no sea posible que en él se dé una aplicación excesivamente rigurosa del principio de legalidad. Conforme con lo anterior, esa posibilidad de matización que caracteriza al derecho administrativo sancionador, se materializa con la atenuación que tiene la reserva legal cuando se admite que

sea el reglamento el instrumento que entre a señalar los aspectos faltantes que la ley no puede estipular de manera completa y exegética.

Igualmente la posibilidad de matización del principio de legalidad en el derecho administrativo sancionador tiene lugar con la utilización de normas de remisión y normas en blanco. En todo caso, esa remisión y utilización no está exenta de dificultades, dentro de las cuales se encuentran los problemas de vaguedad y de indeterminación que impiden, dada la multiplicidad de casos que pueden darse en la vida cotidiana, conocer con certeza si una conducta se subsume dentro de los supuestos de hecho. Evento contrario, es que se logra una tipificación suficiente cuando con la remisión normativa o con la utilización de normas en blanco se logra una predeterminación inteligible de la infracción, como de la sanción, de modo que se puede afirmar que están dadas las condiciones potenciales para el logro de la finalidad preventiva que se imputa a la potestad sancionadora de la administración.

Quedó en evidencia que una de las problemáticas que conspiran en contra de las exigencias del principio de legalidad, y sus mandatos de *lex scripta* y *certa*, tiene lugar cuando la tipificación de la infracción se lleva a cabo en lo que también es un principio jurídico. Ese es el caso de la causal disciplinaria establecida en el numeral 31 del artículo 48 del Código Disciplinario Único que contempla como falta gravísima el participar en la etapa precontractual o contractual con desconocimiento de los principios de la contratación estatal o de la función administrativa.

Siguiendo los planteamientos de Alexy, las consideraciones de la Sentencia C- 818 de 2005 de la Corte Constitucional, y llevado a cabo un análisis concreto de las remisiones normativas que hace la causal disciplinaria a los principios de selección objetiva y de moralidad, se concluye que el numeral

31 del artículo 48 del Código Único Disciplinario que no satisface a plenitud las exigencias del principio de legalidad de cara al núcleo esencial de los derechos fundamentales. En ese orden, la satisfacción del mandato de tipificación, con sus garantías de *lex certa* y *scripta*, depende del éxito de cada remisión normativa a cada principio constitucional o legal existente sobre contratación estatal o sobre el ejercicio de la función administrativa.

Es prueba fehaciente de la satisfacción parcial del principio de legalidad, y dentro de él del mandato de tipificación, la existencia de la Sentencia C-818 de 2005 que tuvo que introducir una regla para salvaguardar las referidas garantías fundamentales sentenciando que solo es procedente la sanción disciplinaria por el desconocimiento de un principio si éste posee un desarrollo legislativo que determine de manera clara y certera cuáles son las conductas que dan lugar a su vulneración.

Con base en lo anterior se concluye lo ya advertido por Alexy y es que para dar por insatisfecho un principio debe precisarse el grado que se exigía frente a su cumplimiento, o bien, debe darse la determinación de los casos en que se entiende que éste ha sido desconocido.

Con base en los elementos anteriores, la pregunta entorno a si es compatible el principio de legalidad con una causal disciplinaria que a su turno sanciona el desconocimiento de otros principios, como lo son los de la contratación estatal o los de la función administrativa, es resuelta señalando que es posible dicha compatibilidad siempre y cuando el principio se concrete a través de reglas que permitan identificar cuál es el grado que se exige de su cumplimiento, o bien se establezcan los casos en que se entiende legalmente que ha sido desconocido.

BIBLIOGRAFÍA

ALEXY, Robert. Teoría de los derechos fundamentales. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ALEXY, Robert. Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

ATIENZA, Manuel. Sobre principios y reglas. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho. Núm. 10, 1991.

CASTILLO, Luis. RINCÓN, Jorge Iván y RODRIGUEZ, Luis Gerardo. Derecho Disciplinario. Libro de Memorias del Congreso Internacional. Primera edición, Arequipa: Ius Et Veritas, 2016.

CUETO PÉREZ, Miriam. Los principios de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Tipicidad y responsabilidad, Documentación Administrativa, Número 280-281, 2008.

DE PALMA DEL TESO, Ángeles. El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador. Madrid: Tecnos. 1996.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ. Tomás-Ramón. Curso de Derecho Administrativo Volumen II. Madrid: Civitas, 1986.

GARCÍA MANZANO, Pablo. Comentario sistemático a la ley de régimen jurídico de las administraciones públicas y del procedimiento común. Madrid: Carperi, 1993.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. Dogmática del Derecho Disciplinario. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. Sexta edición, 2017.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. El Derecho Disciplinario en Colombia “Estado del Arte”. En Revista Derecho Penal y Criminología volumen 32 Número 92. 2011

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos Arturo. La relación especial de sujeción. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007.

INOCENCIO, Julio. Tratado de derecho de los contratos estatales y de la responsabilidad contractual. Teoría y dogmática del derecho disciplinario y del derecho sancionatorio-contratual. Tomo IV. Editorial Ibáñez. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, 2016

JIMÉNEZ DE ASÚA, Luis. Tratado de derecho penal. La culpabilidad, Buenos Aires: Losada, 1992.

MONTAÑA, Alberto y RINCÓN, Jorge Iván (editores). El Poder Sancionador de la Administración Pública: Discusión, Expansión y Construcción. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2018.

NIETO, Alejandro. Derecho Administrativo Sancionador. Madrid: Tecnos, Cuarta edición, 2005.

OSSA ARBELÁEZ, Jaime. Derecho administrativo sancionador. Una aproximación dogmática. Segunda edición. Bogotá: Legis, 2009.

PARADA VÁSQUEZ, Ramón. Derecho Administrativo I Parte General. Madrid: Marcial Pons, Diecinueve edición, 2012.

QUINTERO RESTREPO. León David. Tipicidad en materia disciplinaria: Tipos Abiertos y Numerus Apertus. En: Revista Diálogos de Derecho y Política. Facultad de Derecho Universidad de Antioquia Número 7 Año 2 Mayo – Agosto de 2011

RUIZ RUIZ, Ramón. La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho. Derecho y Realidad Núm. 20 II Semestre de 2012. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UPTC

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. Derecho administrativo. Parte General. Madrid: Tecnos, 2006.

TRAYTER JIMÉNEZ, Juan Manuel. Manual de derecho disciplinario de los funcionarios públicos. Madrid: Marcial Pons, 1992.

Jurisprudencia

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Sentencia de 13 de noviembre de 2008, Expediente 17009. C.P. Enrique Gil Botero

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda, Sentencia de 26 de septiembre de 2012 Radicación No. 11001-03-25-000-2010-00127-00(0977-10) C.P. Gustavo Eduardo Gómez Aranguren

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Subsección C, Sentencia de 22 de octubre de 2012, Rad. No. 05001-23-24-000-1996-00680-01 (20738) CP. Enrique Gil Botero

Consejo de Estado, Sección Segunda, Subsección A, Sentencia de 26 de octubre de 2017, radicación No. 11001032500020100029000, C.P. William Hernández Gómez

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A Sentencia de 15 de marzo de 2018 Radicación No. 11001-03-25-000-2016-00741-00 (3352-16) C.P. William Hernández Gómez

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Segunda Subsección A Sentencia de 14 de febrero de 2019 Radicación No. 11001-03-25-000-2014-00073-00 (0140-14) C.P. Rafael Francisco Suárez Vargas

Corte Constitucional, Sentencia T-438 de 1992 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional, Sentencia T-438 de 1994 M.P. Carlos Gaviria Díaz

Corte Constitucional, Sentencia C-529 de 1994 M.P. José Gregorio Hernández

Corte Constitucional, Sentencia T-037 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández

Corte Constitucional, Sentencia T-233 de 1995 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

Corte Constitucional, Sentencia C-244 de 1996 M.P. Carlos Gaviria Díaz

Corte Constitucional, Sentencia C-341 de 1996 M.P. Antonio Barrera Carbonell

Corte Constitucional, Sentencia SU-637 de 1996 M.P. Eduardo Cifuentes

Corte Constitucional, Sentencia C-310 de 1997 M.P. Carlos Gaviria Díaz

Corte Constitucional, Sentencia T-625 de 1997 M.P. José Gregorio Hernández Galindo

Corte Constitucional, Sentencia T-465 de 1998 M.P. Vladimiro Naranjo Mesa

Corte Constitucional, Sentencia C-478 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional, Sentencia C-481 de 1998 M.P. Alejandro Martínez Caballero

Corte Constitucional. Sentencia C-728 de 2000 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Corte Constitucional, Sentencia C-329 de 2001 M.P. Rodrigo Escobar Gil

Corte Constitucional, Sentencia C-555 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

Corte Constitucional, Sentencia C-619 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

Corte Constitucional, Sentencia C-653 de 2001 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

Corte Constitucional, Sentencia T-1343 de 2001 M.P. Álvaro Tafur Galvis

Corte Constitucional, Sentencia C-155 de 2002 M.P. Clara Inés Vargas Hernández

Corte Constitucional, Sentencia C-181 de 2002 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra

Corte Constitucional, Sentencia C-200 de 2002 M.P. Álvaro Tafur Galvis

Corte Constitucional, Sentencia C-391 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño

Corte Constitucional, Sentencia T-655 de 2002 M.P. Jaime Córdoba Triviño

Corte Constitucional, Sentencia C-982 de 2002 M.P. Alfredo Beltrán Sierra

Corte Constitucional, Sentencia C-037 de 2003 M.P. Álvaro Tafur Galvis

Corte Constitucional, Sentencia C-124 de 2003 M.P. Jaime Araujo Rentería

Corte Constitucional, Sentencia C-252 de 2003 M.P. Jaime Córdoba Triviño

Corte Constitucional, Sentencia C-328 de 2003 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa,

Corte Constitucional, Sentencia C-592 de 2005 M.P. Álvaro Tafur Galvis

Corte Constitucional, Sentencia C-818 de 2005 M.P. Rodrigo Escobar Gil,

Corte Constitucional, Sentencia T-1102 de 2005 M.P. Jaime Araujo Rentería,

Corte Constitucional, Sentencia C-340 de 2006 M.P. Jaime Córdoba Triviño

Corte Constitucional, Sentencia C-343 de 2006 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

Corte Constitucional, Sentencia T-1034 de 2006 M.P. Humberto Antonio Sierra Porto,

Corte Constitucional, Sentencia T-330 de 2007 M.P. Jaime Córdoba Triviño,

Corte Constitucional, Sentencia C-692 de 2008 M.P. Manuel José Cepeda Espinosa

Corte Constitucional, Sentencia T-152 de 2009 M.P. Cristina Pardo Schlesinger

Corte Constitucional, Sentencia C-762 de 2009 M.P. Juan Carlos Henao Pérez

Corte Constitucional, Sentencia C-942 de 2009 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Corte Constitucional, Sentencia T-617 de 2011 M.P. María Victoria Calle Correa

Corte Constitucional, Sentencia T-319^a de 2012 M.P. Luis Ernesto Vargas Silva

Corte Constitucional, Sentencia C-699 de 2015 M.P. Alberto Rojas Ríos

Corte Constitucional, Sentencia C-721 de 2015 M.P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub

Corte Constitucional, Sentencia T-212 de 2016 M.P. Gabriel Eduardo Mendoza Martelo

Corte Suprema de Justicia, Sentencia de 24 de mayo de 1976 de la Sala de Casación Civil

Procuraduría General de la Nación. Decisión de 29 de septiembre de 2015. Radicado 161-6110 (IUS 2010-387491)

Normas citadas

Constitución Política de Colombia

Ley 153 de 1887 Por la cual se adiciona y reforma los códigos nacionales, la ley 61 de 1886 y la 57 de 1887.

Ley 80 de 1993 Por la cual se expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública

Ley 734 de 2002 Por la cual se expide el Código Disciplinario Único

Ley 1150 de 2007 Por medio de la cual se introducen medidas para la eficiencia y la transparencia en la Ley 80 de 1993 y se dictan otras disposiciones generales sobre la contratación con Recursos Públicos.

Ley 1437 de 2011 Por la cual se expide el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo

Ley 1474 de 2011 Por la cual se dictan normas orientadas a fortalecer los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública.

Ley 1508 de 2012 Por la cual se establece el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, se dictan normas orgánicas de presupuesto y se dictan otras disposiciones.

Ley 1882 de 2018 Por la cual se adicionan, modifican y dictan disposiciones orientadas a fortalecer la contratación pública en Colombia, la ley de infraestructura y se dictan otras disposiciones

Ley 1952 de 2019 Por medio de la cual se expide el Código General Disciplinario, se derogan la Ley 734 de 2002 y algunas disposiciones de la Ley 1474 de 2011, relacionadas con el derecho disciplinario.